

Länderbericht Schweiz

Prof. Dr. Peter Breitschmid
Ordinarius für Privatrecht an der Universität Zürich
und Ersatzrichter am Obergericht Zürich
Dr. Hans Rainer Künzle
Rechtsanwalt und Privatdozent an der Universität Zürich

Inhaltsübersicht

I. Nationales Erbrecht

1. Vorbemerkung: Erbrechtsstreit vor Gericht als „juristische Pathologie“
2. Planungsbedarf und -bereitschaft: Soziale und „erbrechtspsychologische“ Rahmenbedingungen
 - a) „Statistischer Durchschnittschweizer“ und „atypische“ Verhältnisse
 - b) Grundordnung der gesetzlichen Erbfolge
 - c) Wohlstands- und Informationsniveau
 - d) Machbarkeitswahn, Berater und Sachzwänge
 - e) Keine Patentrezepte: Individuelle Maßarbeit und periodische Überprüfung, Offenheit als Planungsvoraussetzung und „Altersvorbereitung“
 - f) Kontinuität, aber nicht Perpetuierung: Lebzeitiges Vorsorgen, aber nicht jahrzehntelanges Fortwirken
3. Problemschwerpunkte und Gestaltungsziele: Allgemeine rechtsgeschäftsplanerische Aspekte in Sondersituationen
 - a) Unternehmerspezifische Aspekte
 - b) Konkubinatspaare und „Singles“: Spezifische Probleme erbvertraglicher Bindung
 - c) Allgemeine Checkliste zu erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten
4. Lebzeitige Gestaltungsmöglichkeiten im allgemeinen: „Vorweggenommene Erbfolge“
 - a) Rechtsgeschäftsplanerische Trias
 - b) Instrumente „vorweggenommener Erbfolge“
 - aa) „Vorweggenommene Erbfolge“ im allgemeinen
 - bb) Schenkungen
 - cc) Versicherungsrechtliche Begünstigung
 - dd) Gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln und Ehegattengesellschaft
 - ee) Familienstiftung
 - ff) Verträge über Erbanwartschaften und angefallene Erbteile
 - gg) „Ausweich- und Umgehungsgeschäfte“
 - c) Gesetzliche Koordination von lebzeitigen Vorkehren und Erbrecht: Ausgleichung und Herabsetzung
 - aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede
 - bb) Prinzipien der Ausgleichung
 - cc) Prinzipien der Herabsetzung
5. Vermögensrechtliche Absprachen bei Ehe und Konkubinats: „Güterrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten“

- a) Hinweise zum ehedem rechtlichen Planungsspielraum
 - aa) Allgemeine Rechtsgeschäfte unter Ehegatten
 - bb) Güterrechtliche Absprachen
 - cc) Besonderheiten der Güterstände
 - dd) Scheidung
- b) Konkubinatsverträge
- 6. Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten
 - a) Schranke: Pflichtteilsrecht
 - aa) Enterbungsgründe
 - bb) Erbvertrag
 - cc) Pflichtteil
 - b) Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten
 - c) Nacherbschaft und Nachvermächtnis
 - d) Auflagen und Bedingungen
 - e) Teilungsvorschriften und -verbote
 - f) Nutznießung
 - g) Willensvollstreckung und Verwaltungsanordnungen
 - h) „Auswahl-“ und „Schiedsklauseln“
 - i) Gestaltung „neben“ dem Erbrecht: „Vollmachten“ und „Weisungen auf den Todesfall“
 - aa) Vollmachten auf den Todesfall und über den Tod hinaus
 - bb) Weisungen auf den Todesfall
 - j) Versicherungs- und vorsorgerechtliche Lösungen
 - k) IPR-Lösungen: Rechtswahl
- 7. Das Problem der Bewertung
- II. Internationales Erbrecht
- 1. Örtliche Zuständigkeit
 - a) Aufgrund des IPRG
 - aa) Prinzip der Nachlassseinheit
 - bb) Vorsorgliche Maßnahmen
 - cc) Besondere Zuständigkeiten
 - dd) Weitere, allgemeine Gerichtsstände
 - b) Aufgrund von Staatsverträgen
 - c) Zuständigkeit zur güterrechtlichen Auseinandersetzung
 - d) Zuständigkeit zur Eröffnung des Erbgangs
 - e) Zuständigkeit zur Bestimmung des Nachlassvermögens
 - f) Ordre Public
 - g) Fall
 - h) Schlussbemerkung
- 2. Anwendbares Recht (IPR)
 - a) Erbstatut
 - b) Eröffnungsstatut
 - c) Weitere Statute
 - d) Ordre Public
 - e) Fälle
 - aa) Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland
 - bb) Deutscher mit Wohnsitz in der Schweiz
- 3. Anerkennung ausländischer Entscheidungen und Ausweise
 - a) Direkte Zuständigkeit
 - b) Indirekte Zuständigkeit
 - c) Staatsverträge
- 4. Erbanfall: Universalsukzession
 - a) Grundsatz
 - b) Einschränkungen und Ausnahmen
 - c) Ausschlagung und Annahme
 - d) IPR
- 5. Sicherungsmaßregeln
- 6. Handel für den Nachlass
- 7. Erbteilung
- 8. Nachfolge im Unternehmen
 - a) Personengesellschaft
 - b) Aktiengesellschaft
- 9. Willensvollstreckung
 - a) Ernennung
 - b) Annahme
 - c) Ausweis
 - d) Besitz, Verwaltung und Nutzung
 - e) Aufgaben
 - f) Aufsicht

- g) Formstatut
 - h) Eröffnungsstatut
 - i) Erbstatut
 - j) Willensvollstreckerausweis
 - k) Ausländische Vollstrecker
 - l) Weitere Vertreter des Nachlasses
 - m) Fälle
 - aa) Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland
 - bb) Deutscher mit Wohnsitz in der Schweiz
 - cc) Kollidierende Zeugnisse
 - dd) Anerkennung schweizerischer Zeugnisse in Deutschland
10. Schiedsgerichte
- III. Werkstattbericht
1. Einführende Bemerkungen: Zur Tragweite der „Internationalität eines Sachverhalts aus Behördensicht“
- a) Internationale Verhältnisse als rechtsgeschäftsplanerische Chance und abwicklungstechnisches Risiko
 - b) Oft fehlende individuelle Ordnung – Testierscheu
 - c) „Auslandfreundlichkeit“ des schweizerischen internationalen Erbrechts
 - d) Rechtswahl
 - e) Inländisches Vermögen im Ausland verstorbener Ausländer; ausländisches Vermögen in der Schweiz verstorbener Schweizer
 - f) Informationsfragen
 - g) Behördliches Vorgehen: Verfahrensarten und -prinzipien
2. Entscheide von Zürcher Gerichten
- a) Art. 23, 538 ZGB, Art. 86, 92 Abs. 2 IPRG: Testamentseröffnung (OGer. ZH vom 25.9.2001)
 - b) Art. 555 ZGB: Erbenruf (OGer. ZH, II. ZK, vom 3.5.1996)
 - c) Art. 555 ZGB, Art. 33 ZGB: Erbenruf, Vorgehen bei der Erbenermittlung (OGer. ZH, II. ZK, vom 19.5.1998)
 - d) Art. 551 ff. ZGB; §§ 211, 281 ff. ZPO: Notwendigkeit eines Erbenrufes (KassGer. ZH, vom 21.1.2001, ZR 100 [2001] 129 ff. Nr. 42)
 - e) Art. 551 Abs. 2 und 554 ZGB, Art. 392 Ziff. 1 ZGB: Befugnisse und Aufgaben des Erbschaftsverwalters bzw. eines Beistands (OGer. ZH, II. ZK, vom 24.11.95)
 - f) Art. 33 Abs. 2, Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 559 ZGB: Vorgehen bei Ausstellung der Erbbescheinigung (OGer. ZH vom 12.5.1993, ZR 94 [1995] Nr. 5 S. 13 ff.)
 - g) Art. 89, 90 Abs. 2, 92 Abs. 2 IPRG: Eröffnungsstatut bei *professio iuris* (OGer. ZH, II. ZK, 18.3.1998)
 - h) Internationale Rechtshilfe in Erbschaftssachen (OGer. ZH, II. ZK, vom 15.9.98)
 - i) Art. 400 OR, Art. 47 BankG: Erbausschlussklausel, Art. 560 ZGB: Universalsukzession auch im türkischen Recht (OGer. ZH vom 28.2.2001, ZR 101 [2002] Nr. 26)
 - j) Art. 193 SchKG, Art. 92 IPRG: Konkursamtliche Nachlassliquidation (OGer. ZH, II. ZK, vom 21.8.98)
 - k) Art. 49, 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG: Arrest gegen eine Erbschaft (OGer. ZH, II. ZK, vom 27.8.2001)
- Anhang 1: Zuständige Behörden für Sicherungsmaßregeln
 Anhang 2: Zuständige Behörden für die Willensvollstreckung
 Anhang 3: Text von Art. 86-96 IPRG (SR 291)142

I. Nationales Erbrecht

1. Vorbemerkung: Erbrechtsstreit vor Gericht als „juristische Pathologie“

a) **Zur Einführung:** Es gibt wohl kaum eine denkbare persönliche und/oder rechtliche Konfiguration, welche nicht schon Konfliktstoff geboten hätte; dies gilt bei knapperen als von den Erben erhofften, aber auch bei reichlich vorhandenen Mitteln: ein reich gedecktes Buffet weckt Appetit. Ganz besonders kann Konfliktstoff entstehen, wenn in persönlich („Patch-work-Familien“) oder geographisch weit verästelten oder sonstwie komplex strukturierten Vermögen der erschwerte Überblick fraudulöse Machenschaften erleichtert (oder auch nur bei zurückgesetzten Erben solcher Verdacht aufkommt). Ebenso selbstverständlich entstehen Konflikte aber auch dort, wo von jeder Regelung abgesehen wurde. Weil der Tod und damit die Rechtsnachfolge unvermeidlich sind, sind es auch Überlegungen zur Planung und Regelung dieser Nachfolge, wenn man nicht auf das Gesetz und die Friedfertigkeit der Erben vertrauen mag.

b) Praktisch umsetzbare Lösungen haben sich stärker mit einer Schwachstellenanalyse der konkreten wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse zu befassen und dürften realistischerweise kaum je großartige Würfe, sondern eher Konzepte zur Schadenbegrenzung sein: Eine unbeschwerte Planung gibt es nicht, sondern eigentlich nur eine „**Lehre von den Planungshindernissen und -erschwerern**“: Es soll – schon mit dem Umfang der vorliegenden Unterlage – der falsche Eindruck vermieden werden, dass es – in der Schweiz oder anderswo – einen „erbrechtlichen Zaubertrick“ gebe.

c) Die „Ethik der Nachlassplanung“ besteht nicht in hartnäckiger Umsetzung des Prinzips, dass „Moral ist, was legal ist“: das wäre nur pflichtteilsrechtliche Rappenspalterei, die in kleinkrämerisch-zermürbende Abrechnung mündet. Wir gehen vielmehr davon aus, dass jene Fälle den Weg ans Gericht nicht gefunden haben, bei welchen rechtsgeschäftsplanerisch das „**Gestaltungsziel Konfliktvermeidung**“ in den Vordergrund gestellt wurde – wo mithin nicht danach gefragt wurde, mit welchen Maßnahmen eine riskante Lösung erzwungen, sondern wie man sich einem Idealziel möglichst verlustfrei annähern und bei allen (selbst allenfalls benachteiligten) Beteiligten das Verständnis für die getroffene Lösung geweckt (u.U. halt auch: erkaufte) werden kann.

2. Planungsbedarf und -bereitschaft: Soziale und „erbrechtspsychologische“ Rahmenbedingungen

a) „*Statistischer Durchschnittsschweizer*“ und „*atypische*“ Verhältnisse

Der statistische Durchschnittsschweizer und seine Partnerin sind (nach wie vor) verheiratet und haben gemeinsame Kinder. Dies dürfte meist auch in internationalen Verhältnissen gelten, obwohl die geographische auch die „familiäre Diversifikation“ erleichtern und damit komplexere familiäre Verhältnisse bzw. eine Lockerung der Bindungen begünstigen dürfte. Der einzelne Staat seinerseits kann nur einem Durchschnittsverhalten durch eine rechtliche Struktur für Leben und Sterben Rechnung tragen: durch Schaffung einer „Wirtschaftsverfassung“ für die Ehegatten (eheliches Güterrecht) und ein gesetzliches Erbrecht, welches – als Ausfluss der Eigentumsgarantie – die Nachfolge in die hinterlassenen Güter regelt, wobei aus nationaler schweizerischer Perspektive der Familienschutzgedanke und das (nach wie vor) in der Regel bestehende Naheverhältnis unter Familienmitgliedern den Kreis der Berechtigten bestimmen.

b) *Grundordnung der gesetzlichen Erbfolge*

aa) Zunächst ist **im Einzelfall zu prüfen**, ob es individueller Anordnungen bedarf; dies hängt ab von der Kompatibilität der subsidiären gesetzlichen Ordnung und den konkreten Umständen.

bb) Die Grundordnung der gesetzlichen Erbfolge in der Schweiz (Art. 457 ff. ZGB) gestaltet sich wie folgt: **Gesetzliche Erben sind:**

- (1) von den (Bluts-)Verwandten (unten cc)) die
 1. Parentel (Nachkommen, Art. 457 ZGB)
 2. (elterliche) Parentel (Art. 458 ZGB: Eltern, danach Geschwister und evtl. deren Nachkommen)
 3. (großelterliche) Parentel (Art. 459 ZGB: Großeltern, Onkel/Tanten, Cousins/ Cousinen) – und damit die Grenze der gesetzlichen Erbberechtigung aus Verwandtschaft
- (2) außerhalb des Kreises der Verwandten
 - Ehegatte (Art. 462 ZGB; unten dd))
 - Gemeinwesen (Art. 466 ZGB)

cc) (Bluts-)Verwandte (Art. 20 ZGB stellt seit 1973 Adoptivverwandte gleich!). „Nächst dem Blut, nächst dem Gut.“ – Es gelten fünf Regeln;

Regel 1 betrifft das Verhältnis der Parentelen unter sich, die Regeln 2-5 betreffen die Ordnung innerhalb der jeweils erbberechtigten Parentel.

(1) **Erben aus einer näherstehenden Parentel schließen solche aus einer entfernteren aus:**

Art. 458 Abs. 1 und Art. 459 Abs. 1 ZGB: Erleben Kinder des Erblassers den Erbgang, so ist die elterliche Parentel ausgeschlossen.

Bei kinderlosem Erblasser mit Erben aus der elterlichen Parentel (Eltern, Geschwister, Geschwisterkinder) ist die großelterliche Parentel ausgeschlossen.

(2) **Innerhalb einer Parentel erbt nur die „oberste“ Generation:**

Leben die Kinder des Erblassers noch, erben die Enkel nichts.

Leben die Eltern des Erblassers noch, so erben seine Geschwister nichts.

Leben die Großeltern des Erblassers noch, so erben Onkel/Tanten nichts; ebenso Cousins/Cousinen, wenn noch Onkel/Tanten leben.

(3) **Gleichheitsprinzip:** Erben gleicher Ordnung innerhalb einer Parentel (Kinder unter sich, Eltern unter sich, Geschwister unter sich) erben zu gleichen Teilen: Art. 457 Abs. 2, Art. 458 Abs. 2 und Art. 459 Abs. 2 ZGB.

(4) **Eintrittsprinzip:** Fällt ein möglicher Erbe aus (z. B. Vorversterben, Ausschlagung, Erbnunwürdigkeit), so treten seine Nachkommen (sein „Stamm“) an seine Stelle: Art. 457 Abs. 3, Art. 458 Abs. 3 und Art. 459 Abs. 3 ZGB.

(5) **Anwachsungsprinzip:** Treten (entgegen 2. c) keine Nachfahren an die Stelle eines weggefallenen Erben, wächst sein Erbteil seinen Miterben gleicher Stufe an (Kinder eines Erblassers beerben ein ohne Nachkommen verstorbene Geschwister): Art. 458 Abs. 4 und Art. 459 Abs. 4 und 5 ZGB.

dd) **Ehegatte:** Der Ehegatte/die Ehegattin des Erblassers erbt neben den Parentelen (Art. 462 ZGB),

die Hälfte bei Konkurrenz mit der ersten,

drei Viertel bei Konkurrenz mit der zweiten,

alles bei Konkurrenz mit der dritten Parentel.

ee) Die **Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare**¹ passt die Regeln des ZGB über das

¹ BBl 2002 1288 ff., insbesondere 1354 Ziff. 2.5.8.

Ehegattenerbrecht (Art. 462, 470 und 471 ZGB) insofern an, als neben dem Ehegatten gleichgestellt der oder die eingetragene Partnerin angeführt wird; gleiches gilt bezüglich sozialversicherungsrechtlicher und vorsorgerechtlicher Ansprüche. Trotz relativ günstiger Aufnahme im Vernehmlassungsverfahren werden die Beratung in den eidgenössischen Räten und ein eventuelles Referendum ein Inkrafttreten noch um etliche Jahre hinauszögern.

ff) Keine Ordnung kennt das schweizerische Recht bezüglich einer **begrenzten Erbfähigkeit** betreuender Personen und Institutionen, wie sie das deutsche HeimG vorsieht².

gg) Ausgangspunkt jeder Diskussion über ehe- und erbrechtlichen Gestaltungsbedarf ist die Frage, ob sich mit den gesetzlichen „Normallösungen“ im jeweiligen konkreten Fall leben lässt. Dies hängt ab vom **Grad der Atypizität der Verhältnisse** und ist zunehmend häufiger (aber durchaus nicht prinzipiell) zu verneinen: so namentlich bei den nicht-familienrechtlich geregelten sog. „Realbeziehungen“ (Konkubinat etc.), ebenso bei besonderer Vermögensstruktur (namentlich KMU oder Familien-AG), wo in der Regel Handlungsbedarf besteht. Doch ist sogleich anzumerken, dass „Anlehnung“ an den gesetzlichen Normaltyp vielfach den „gelebten Verhältnissen“ recht nahe kommt und deshalb selten handbuchartige Vertragswerke erforderlich sind, sondern konkrete, knappe und konzise Einzelanpassungen meist zu problemlos umsetzbaren Lösungen führen. Statt fein ausziseliertes und letztlich dann oft doch lückenhafter Detailregelungen wäre oft eine Art „Rahmennachlassplanung“ – unter Festlegung eines ausreichend bestimmten „Rahmens“ und Überwachung seiner Einhaltung – anzustreben. Es riskiert solches namentlich für „Trust-erprobte“ Erblasser selbstverständliches Vorgehen allerdings das **Höchstpersönlichkeitsprinzip**³ zu verletzen, wonach der Inhalt der Anordnungen vollständig und nicht

² Zum Kontext vgl. *Bernhard Schnyder*, Vormundschaft und Erbrecht, ZVW 54 [1999] 93 ff.; SJZ 95 (1999) 95 mit Anm. 8 im Anschluss an BGE 124 III 5 betr. Begünstigung eines Beistands: Die Praxis schenkt dem Problem unter dem Gesichtspunkt der unbeeinflussten Willensbildung bzw. Testierfähigkeit Aufmerksamkeit; Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht: unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002.

³ Vgl. dazu *Peter Breitschmid*, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen, in: Festschr. für Heinz Hausheer, hrsg. v. Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter und Wolfgang Wiegand, Bern 2002, S. 477 ff.

nur mittelbar durch den Erblasser bestimmt sein muss (es bestehen Tendenzen, dieses teils noch radikal verfochtene Prinzip differenzierter zu handhaben)⁴.

c) *Wohlstands- und Informationsniveau*

Erbrechtliche Planung ist im Aufwind: Mit der **Zunahme privater Vermögen und des ehgüter- und erbrechtlichen Wissens** in breiten Bevölkerungskreisen (dies durchaus ein Verdienst des Referendums von 1985 gegen die Revision des Rechts der Ehwirkungen und des Ehegüterrechts) ist auch die Planungs- und Gestaltungsscheu etwas gewichen (in einem zeitgenössischen brasilianischen Erbrechtslehrbuch wird die noch geringe Bedeutung testamentarischer Erbfolge mit der „*peril temer de acelerar a morte com a feitura do testamento*“ [teil-] erklärt). Hang und Drang zur Planung treiben bisweilen allerdings auch seltsame Blüten⁵. Obwohl selbstverständlich in jeder Hinsicht zu begrüßen ist, wenn die Vermögensüberleitung unter Generationen und nahestehenden Personen nicht einfach unreflektiert-schematisch (gesetzlich), sondern nach den konkreten menschlich-emotionalen und wirtschaftlichen Gegebenheiten (mithin individuell) erfolgt – weshalb vorab Reflexion und ggf. deren Umsetzung durch Planung ausgesprochen zu begrüßen sind –, so sei andererseits doch vor exorbitanten Anliegen, kaum umsetzbaren, meist überholten Detailanordnungen und hektischen Anpassungen aufgrund der jeweiligen „Tagesform“ der Beziehungen des Erblassers zu seinem Umfeld gewarnt.

d) *Machbarkeitswahn, Berater und Sachzwänge*

aa) Wird individuell geplant, so ist in erster Linie eine Warnung auszusprechen gegenüber dem „**Machbarkeitswahn**“ mancher Erblasser – namentlich einer teils noch stärker patriarchalischen Grundsätzen verhafteten Erblassergeneration mit Führungsanspruch und -qualitäten: Zwar sind unzweifelhaft steuernde Anordnungen zu treffen, die des-

4 Zuletzt *Karl Spiro*, *Certum debet esse consilium testantis?*, in: Festschr. für Jean Nicolas Druey, hrsg. v. Rainer J. Schweizer, Herbert Burkert und Urs Gasser, Zürich 2002, S. 259 ff.

5 So wurde in der BRD ein „Erbrecht für Zahnärzte“ publiziert (*Wolf M. Nentwig/ Hermann Osmers*, *Erbrecht für Ärzte und Zahnärzte*, Erben, Kirchheim 1993, 303 S.), welches dem Gerichtsschreiber der Standeskommission der Zürcher Zahnärztesgesellschaft natürlich aufgefallen ist, ob es zu makaber wäre, ein „Erbrecht für Chirurgen“ zu konzipieren, oder ob die Autoren noch an der Arbeit sind?

halb aber nicht zwangsläufig autoritär sein müssen, sondern sich durchaus durch unternehmerische Flexibilität auszeichnen dürfen. Diesem letzteren Stichwort kommt erhebliche Bedeutung zu: Das Erbrecht ist in seinem „harten Kern“ – namentlich dem Pflichtteilsrecht, aber auch dem Höchstpersönlichkeitsgebot – zwingender Natur, doch sind selbst in diesem Bereich mit Zustimmung der Betroffenen abweichende Anordnungen möglich.

bb) Zustimmung (oder zumindest Akzeptanz und damit eine ohne wesentliche Reibungsverluste umsetzbare Lösung) wird aber nicht durch Zwang, sondern durch Überzeugung erreicht. Hier hat der Berater als neutraler und objektiver aussenstehender Ratgeber die schwierige und oft undankbare Aufgabe, seinen Klienten zu hinterfragen; es gehört dies zu einer unabhängigen Beratung, welche dem Erblasser nicht nach dem Munde redet, was aber gerade die gehörige Erfüllung des Beratungsauftrags auszeichnet. Denn wenn auch der Erblasser als Eigentümer frei disponieren darf, so soll er doch in erster Linie eine Lösung für die Zukunft, für andere, und nicht gegen diese treffen. Der Beratungsauftrag ist haftungsträchtig (Art. 398 OR)⁶ und setzt ein sachadäquates Engagement voraus, damit z. B. die Anordnung noch vor dem Tod getroffen⁷ bzw. die getroffene umgesetzt werden kann.

cc) Nicht leugnen lässt sich, dass häufig **Sachzwänge** bestehen, welche den Beteiligten zu erläutern sind: Die Erben erben den Nachlass ihres Erblassers, und ist dieser (aus erbrechtlicher Sicht) unvorteilhaft strukturiert (so, wenn ein Unternehmen als kaum teilbares „Klumpenrisiko“ hauptsächlichstes Aktivum bildet), so ist auch seitens der Erben solche unternehmerische Flexibilität und damit die notgedrungene Zustimmung zu einer auf Grund der Umstände fairen, wenn auch möglicherweise nicht der „reinen“ erbrechtlichen Lehre entsprechenden Lösung zu erwarten.

6 Vgl. analog die verschärften Anforderungen bei der Anlage- (BGE 124 III 162) und Rechtsberatung (BGE 127 III 357).

7 Vgl. *Peter Breitschmid*, *Kommentar zu Art. 467-469, Art. 494-498 und Art. 513-516 ZGB*, in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II* (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Vorbem. zu Art. 467 ff. ZGB N 12.

e) *Keine Patentrezepte: Individuelle Maßarbeit und periodische Überprüfung, Offenheit als Planungsvoraussetzung und „Altersvorbereitung“*

aa) Diese einleitenden „erbrechtspsychologischen“ und auch die nachfolgenden mehr juristisch-technischen Hinweise bleiben nicht nur wegen einer gewissen Komplexität der Materie, sondern auch deshalb oberflächlich, weil es kaum allgemeingültige Patentrezepte und auch nicht das „erbrechtliche Weggli“ und den „steuerplanerischen Föifer“ gibt, gefragt ist **Maßarbeit**, die auf persönlichen Stil und Stand der Verhältnisse abgestimmt und laufend auf ihre Eignung überprüft wird. Namentlich das **laufende „Nachführen“** einmal getroffener Lösungen ist ein entscheidendes Postulat: Das Gewand muss im Zeitpunkt des Erbgangs passen – oder anders gefragt: gelingt es, das Leben so zu „managen“, dass es der steuerlichen Planung gemäß verläuft? – Nicht Planung in hektischen Pirouetten ist geboten, sondern das Bewusstsein für die Notwendigkeit periodischer Nachkontrolle angesichts der zunehmenden Lebenserwartung bzw. der zunehmend längeren „Durchlaufphase“ zwischen dem Erlass erbrechtlicher Anordnungen und deren Umsetzung, und der zunehmenden Destabilisierung (vermeintlich) fixer Rahmenbedingungen (Mehrfachbeziehungen statt lebenslanger Ehe in der Erblassergeneration, „Karrierebrüche“, wechselhafte Ausbildungs- und allgemeine Biographie bei Erbengeneration). Es führen diese allgemeinen Risikofaktoren selbst bei ursprünglich klugen Lösungen u.U. zu unerwartetem Anpassungsbedarf.

bb) Eine gewisse **Offenheit** ist angesichts des unter Familienmitgliedern vermuteten (persönlichen) Näheverhältnisses auch mit Blick auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu fordern⁸ und müsste u.E. im Übrigen für erbvertragliche Absprachen selbstverständlich sein⁹. Es ist solches Wissen zudem bis zu einem gewissen Grad Voraussetzung der eigenen Lebensplanung und um im Erbfall die erforderlichen Dispositionen treffen zu können.

cc) Maßarbeit bedeutet sodann nicht bloß, ein perfekt passendes „Leichenhemd“ zu schneiden, sondern – für die Kundenzufriedenheit wohl meist wichtiger – dem **Bedürfnis des zukünftigen Erblassers nach**

⁸ Siehe Art. 170 ZGB, dessen Gedanke im Eltern-Kind-Verhältnis bei gemeinsamer Nachlassplanung kraft Art. 272 ZGB analog zu gelten hat.

⁹ Vgl. Jvo Grundler, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, (Diss. St. Gallen) Bern/Stuttgart 1998, S. 193 f.; Breitschmid (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 494-497 ZGB N 8.

einem sorgenfreien Alter gerecht zu werden. Dies verlangt eine Gesamtordnung, welche das Einvernehmen mit den zukünftigen Erben (regelmäßig das persönliche Umfeld des Erblassers) gewährleistet; erforderlich sind weiter die Vorbereitung einer altersadäquaten Wohnstruktur und Vertretungsregelungen sowohl für geistige Schwachzustände (welche die Anordnung vormundschaftlicher Maßnahmen bei Unabhängigkeit der bestellten Vertreter erübrigen) wie medizinische Behandlungsentscheide¹⁰.

f) *Kontinuität, aber nicht Perpetuierung: Lebzeitiges Vorsorgen, aber nicht jahrzehntelanges Fortwirken*

aa) Während sich die ehgüterrechtliche Situation – d. h. die lebzeitigen wirtschaftlichen Beziehungen unter den Ehegatten und die gegenseitigen Ansprüche im Falle der Auflösung der Ehe (durch Tod oder Scheidung) – in Absprache mit dem Partner (oder in Krisensituationen auch durch einseitiges Begehren gegenüber dem Gericht: Art. 185 ZGB) laufend den Gegebenheiten anpassen lassen, verwirklicht sich das Erbrecht erst mit dem Tode, gewissermaßen „auf einen Chlapf“. Diese unmittelbare Nachfolge der Gemeinschaft aller Erben in sämtliche Rechte und Pflichten des Erblassers mag angehen für Hausrat und Salärkonti, dient aber nicht der **Kontinuität** in der sachverständigen Führung eines kleineren oder größeren Unternehmens, wo fachliches Know how und persönliches Netzwerk entscheidend sind, weshalb i.d.R. ein allmähliches Hineinwachsen des Nachfolgers in sachliche Belange und in das Beziehungsgeflecht von Kunden und Mitarbeitern erforderlich ist. Ähnliches gilt aber auch dort, wo aus Privatvermögen bestimmte Objekte (Liegenschaften, Sammlungen) auf einzelne Erben übergehen sollen, welche dazu emotional oder von ihrer eigenen Bedarfslage oder Ausbildung her einen besonderen Bezug haben.

bb) Wenn auch meist (erst) das Erbrecht den Eigentumsübergang herbeiführen wird, so ist doch durch lebzeitige Dispositionen sicherzustellen, dass die personelle Kontinuität gewahrt ist – wobei sogleich

¹⁰ Siehe zum Ganzen Peter Breitschmid, Erbrecht – unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, hrsg. v. Peter Gauch und Jörg Schmid, S. 111, 139 ff.; Peter Breitschmid/ Johannes Reich, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 56 (2001) 144 ff.; Peter Breitschmid, Vorsorgevollmachten, ZVW 58 (2003) 269 ff.

anzumerken ist, dass **Kontinuität nicht mit Perpetuierung verwechselt** werden darf: Der Eigentumsübergang bzw. der erbrechtliche Vermögensanfall bewirkt auch den Übergang der Verantwortung (entsprechend dem Prinzip der Universalsukzession), einschließlich der Verantwortung für eine sachgerechte eigene Nachlassplanung (was zugleich verbietet, z. B. in der Person eines Testamentsvollstreckers den nachwirkenden pater familias konzipieren zu wollen).

3. Problemschwerpunkte und Gestaltungsziele: Allgemeine rechtsgeschäftsplanerische Aspekte in Sondersituationen

Die einleitenden Bemerkungen „checklistmäßig“ zusammengefasst und „verrechtlicht“ bestehen folgende **Problemschwerpunkte und Gestaltungsziele** der Vermögens- und Nachlassplanung bei atypischen Verhältnissen¹¹:

a) *Unternehmerspezifische Aspekte*

aa) Gegenüber einem „Wertschriftennachlass“ als Inbegriff eines relativ wertbeständigen, leicht teilbaren Nachlasses fallen folgende **Problemschwerpunkte** in Betracht:

- (1) **Unabdingbarkeit individueller Regelung**: Wo das Unternehmen nicht juristische Person mit familienexternem Management ist, darf es unter keinen Umständen in die Hand der Erbengemeinschaft fallen, welche zur Unternehmensleitung denkbar ungeeignet ist (Einstimmigkeit!).
- (2) **Schicksal des Unternehmens**: Wirtschaftliche Stärkung des Unternehmens (ggf. unter Loslösung von der Familie) oder Zuweisung an einen einzelnen Erben (mittels möglichst hoher Erb- bzw. Stimmquote), jedoch unter Berücksichtigung der rechtlichen Ansprüche weiterer Erben (Geschwister des Nachfolgers) und Absicherung der Ehegattin.
- (3) **Verhältnis der im Unternehmen gebundenen und der „freien“ Mittel** zur Abfindung von (Pflichtteils-) Erben, welche nicht am Unternehmen partizipieren sollen.
- (4) **Auswahl/Bestimmung** (bzw. Vorhandensein!?) eines geeigneten **Unternehmensnachfolgers**.
- (5) **Unsicherheiten der Entwicklung von Familie¹² und Unternehmen** (z. B. Veränderungen bei Rechtsstruktur, Produktpalette, Management) bzw. des gesamtwirtschaftlichen Umfelds.

11 Vgl. vorne, 2. a).

12 Vgl. vorne, 2. c): Zahl der Beteiligten und Verhältnis unter ihnen.

bb) **Unternehmerspezifische Gestaltungsziele**, die sich mit ehe-/erbrechtlichen Instrumenten bzw. durch lebzeitige Vorkehrungen beeinflussen lassen:

- (1) **Aufbau eines Privatvermögens** neben dem Geschäftsvermögen als „Manövriermasse“ zur Abdeckung erbrechtlicher Ansprüche ohne bzw. mit nur geringer Beteiligung am Unternehmen;
 - (2) **Sicherung der Kontinuität** trotz (noch) unbekannter Rahmenbedingungen persönlicher, sachlicher und wirtschaftlicher Art im Zeitpunkt des Todes: Dies kann erfolgen durch (zulässige!)¹³ Bedingungen, Anpassungs-, und Rückfallklauseln, durch (erbvertragliche!) Vereinbarung einer Schiedsklausel¹⁴ unter Nachlassbeteiligten, oder Nacherebeneinsetzung (im Rahmen der verfügbaren Quote)¹⁵, um den „Abfluss“ an Familienfremde zu verhindern; stets ist auf Pflichtteilsverträglichkeit zu achten bzw. erbvertragliche Verbindlichkeit einer Pflichtteilsverletzung anzustreben¹⁶.
 - (3) **Zuweisung des Unternehmens** unter Begünstigung eines Miterben, durch Teilungsvorschrift¹⁷ oder durch (ggf. teilweise) Erbverzichte von Miterben.
 - (4) **Vereinbarung von Gewinnanteilsrechten** bei vorzeitiger Veräußerung durch den begünstigten Unternehmensnachfolger¹⁸; evtl. Begünstigung des Ehegatten durch Nutznießung oder Rente (Art. 473 ZGB)¹⁹.
 - (5) **Einsetzung eines Willensvollstreckers²⁰** als Verwalter des Nachlasses bis zur Teilung (Ausschaltung der Probleme wegen des Einstimmigkeitsprinzips in der Erbengemeinschaft; evtl. Möglichkeit eines Teilungsaufschubs).
- c) **Internationale Verhältnisse** ändern nichts an diesen Zielen, verlangen aber eine (noch) sorgfältigere Überwachung der Umsetzbarkeit sowohl im Zeitpunkt der Planung wie auch laufend mit Rücksicht auf Rechtsänderungen in den berührten Jurisdiktionen.

13 Vgl. hinten, 5. a) und 6. d).

14 Vgl. hinten, 6. h).

15 Vgl. hinten, 6. a).

16 Vgl. hinten, 6. a) bb).

17 Vgl. hinten, 6. e).

18 Vgl. hinten, 6. b).

19 Vgl. hinten, 6. f) und 6. j).

20 Vgl. hinten, 6. g).

b) *Konkubinatspaare und „Singles“: Spezifische Probleme erbvertraglicher Bindung*

aa) Bezogen auf das „**Alleinstehendentestament**“²¹ ist speziell der zeitliche Planungshorizont bzw. das Risiko veränderter Verhältnisse²² zu beachten: Wird der Erblasser im maßgeblichen Zeitpunkt (Erbfall) noch alleinstehend bzw. die beliebig „kündbare“ Realbeziehung noch existent sein?

bb) Im Vordergrund steht bei **Lebensgemeinschaften**²³ die Notwendigkeit vertraglicher Bindung, aber auch eine Auflösungs-/Rücktrittsklausel wegen des fehlenden Art. 120 Abs. 2 ZGB (bzw. aArt. 154 Abs. 2 ZGB), während bei Begünstigung haushaltfremder Dritter²⁴ eine testamentarische Regelung (unter Abwägung der in 4. b) cc) aufgelisteten vorsorgerechtlichen Gesichtspunkte) genügen dürfte.

cc) Auch wenn die Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners bzw. Dritter an atypische Situationen anknüpft²⁵, so lassen sich doch auch diese in einem gewissen Rahmen typisieren; die **Einteilung** hängt wesentlich davon ab, ob der „alleinstehende“ Erblasser ledig, verwitwet, getrennt oder geschieden ist bzw. ob er in einer „Real“ beziehung lebt²⁶:

(1) Am häufigsten sind „**konsekutive Mehrfachbeziehungen**“, wo bei Begünstigung des aktuellen Partners pflichtteilsrechtliche Ansprüche (zumindest: vgl. Art. 120 Abs. 2 ZGB) von Kindern aus früheren Beziehungen, evtl. auch (eben nicht unter Art. 120 Abs. 2 ZGB fallende) erbvertragliche Absprachen aus früheren Realbeziehungen zu bedenken sind.

(2) Daneben bestehen „**gleichzeitige Mehrfachbeziehungen**“ mit Status- und Real-„angehörigen“ (bei nicht-geschiedener Ehe), wo die Absicherung des Realpartners eine Zurücksetzung („Minimalbegünstigung“) des überlebenden Ehegatten erfordert.

(3) Weitgehend unproblematisch sind die Anordnungen „**echter Alleinstehender**“ (ledige Erblasser ohne Kinder und Realbeziehungen),

21 Vgl. Reinhard Kössinger, Das Testament Alleinstehender, 2. A., München 1997.

22 Vgl. vorne, 2. e).

23 Vgl. hinten, 3. b).

24 Vgl. hinten, 6. i).

25 Vgl. vorne, 2. a).

26 Zur künftigen Besserstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften vgl. vorne, 2. b).

wo – elterliche Pflichtteile vorbehalten (Art. 471 Ziff. 2 i.V.m. Art. 458 Abs. 1 ZGB) – der Regelungsbedarf darin besteht, die umfassende Gestaltungsfreiheit ggf. so auszuschöpfen, dass der Nachlass sich nicht in eine unendlich zersplitterte entfernte Verwandtschaft ergießt. Die Kategorie der „echten Alleinstehenden“ dürfte allerdings tiefer liegen, als die statistische „Ledigenquote“ vermuten lässt (wonach – für die BRD – davon ausgegangen wird, es blieben vom Jahrgang 1960 30% der Männer und 20% der Frauen ledig).

(4) Beim Testament nicht-verheirateter Erblasser besonders zu beachten sind Fragen um **Bestattungsanordnungen und andere persönlichkeitsrechtliche Anliegen**, welche in der Regel von Angehörigen (i.S.v. „gesetzlichen Erben“) wahrgenommen werden, während die Stellung „nahestehender Personen ...“²⁷ bei Konkurrenz mit Angehörigen erschwert ist²⁸.

dd) Was die spezifischen Fragen **erbvertraglicher Bindung** betrifft, ist (nicht nur!) bei „Partnerschaftsverträgen“ folgendes zu bedenken:

(1) Wesenszug erbvertraglicher Anordnungen ist die Bindungswirkung bzw. eine gewisse „**Pflichtteilsähnlichkeit**“²⁹; testamentarische Begünstigung schafft im Blick auf den fehlenden Pflichtteilsschutz und die unbeschränkte Widerruflichkeit eine nur vom „guten Willen“ des Testators abhängige und damit prekäre „Hoffnung“.

(2) „**Gegenseitig bedingte**“ (sog. **korrespektive**) Testamente dürften indes gerade bei Konkubinatspaaren in bescheideneren wirtschaftlichen Verhältnissen (welche sich der Erbvertragsform nicht bewusst sind oder Kosten scheuen) verbreitet sein, und es scheint deren „**Rettung**“ (entgegen der h.L., welche Ungültigkeit bzw. gar Nichtigkeit verficht) durch Umdeutung in eine Auflage gegenüber dem Zweitversterbenden, welcher die Begünstigung im Wissen um die gegenseitige Abhängigkeit angenommen hat, bzw. Widerrufsfreiheit dort, wo der Vorverstorbene sich nicht an die Anordnungen hielt, möglich³⁰.

27 Vgl. dazu Pierre Tercier, Qui sont nos 'proches?', in: Festgabe für Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, S. 799 ff.

28 Vgl. den – vom OGer. ZH diskutabel entschiedenen, aber kaum justiziablen – Streit um die Grabgestaltung zwischen Ehegattin und Konkubine in SJZ 86 (1990) 421 f., zu weiteren Nachweisen vgl. SJZ 89 (1993) 329.

29 Vgl. Paul Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, Halbband IV/1, Basel/ Stuttgart 1978, § 28 III. S. 180.

30 Siehe näher Breitschmid (Fn. 7), Art. 498 ZGB N 16 und 18, bzw. Vorbem. zu Art. 494-497 ZGB N 14.

(3) Die Chancen sind die Risiken des Erbvertrags: **Bindung ist ungeleibt, wo sich die persönlichen** (Beziehungen unter den Vertragsparteien bzw. zu Dritten) **oder die wirtschaftlichen Verhältnisse** (Wert oder Struktur des Vermögens) **verändern** oder die von der Gegenseite erwartete Leistung oder Zuneigung ausbleibt. Namentlich der Zeitlauf birgt Risiken, was besonders bei absehbar „langlaufenden“ Erbverträgen jüngerer Parteien zu bedenken ist³¹. In gewissem Rahmen kann dem durch Bedingung oder Befristung der Regelung (Dahinfallen bei Auflösung des gemeinsamen Haushalts), durch den Einbau von Anpassungsklauseln (namentlich für den Fall veränderter Umstände seit Unabänderlichkeit nach dem Hinschied des Erstversterbenden), durch Klauseln, welche den einseitigen Rücktritt vom Vertrag ermöglichen (persönlichkeitsrechtlich unbedenkliche Abänderung von Art. 513 Abs. 1 ZGB)³² bzw. in Extremfällen (Art. 120 Abs. 2 und Art. 516 ZGB) durch Gesetz oder Praxis (clausula rebus sic stantibus) begegnet werden³³. Da aber gerade eine Absicherung des Konkubinatspartners auch Krisenvorsorge im Sinne einer gemeinsam gebilligten „Scheidungs“folgenregelung enthalten kann (bzw. entsprechende Lösungen vorgesehen werden sollten: Art. 533 Abs. 1 OR e contrario)³⁴, darf von der clausula rebus sic stantibus nicht leichthin Gebrauch gemacht werden bzw. wäre (analog z. B. Art. 217 ZGB) eine getrennte Regelung für Auflösung durch Tod bzw. zu Lebzeiten oder ein auf gewisse Quoten begrenztes freies Rücktrittsrecht vorzusehen³⁵, verbunden mit einer – da lebzeitige Vorkehr nicht testamentsformbedürftigen – Mitteilungspflicht gegenüber dem Vertragspartner/-gegner³⁶.

(4) Wichtig im Blick auf allfällige richterliche Vertragsanpassung³⁷ ist, dass die Anordnungen eingebettet wurden in die Gesamtsituation:

31 Vgl. *Jean Nicolas Druey*, Testament und Erbvertrag – Praktische Einsatzmöglichkeiten, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 22 f.

32 Vgl. *Breitschmid* (Fn. 7), Art. 513 ZGB N 6.

33 Vgl. *Jean Nicolas Druey*, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 12 Rz. 14 ff.; *Grundler* (Fn. 9), S. 134-184.

34 Vgl. allgemein *Arthur Meier-Hayoz*, Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft, in: Festschr. für Frank Vischer, hrsg. v. Peter Böckli, Kurt Eichenberger et al., Zürich 1983, S. 577 ff., 587 f.; *Ivo Schwander*, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, AJP 3 (1994) 918 ff., 924 f.

35 Vgl. *Jörg Mayer*, Der Fortbestand letztwilliger Verfügungen bei Scheitern von Ehe, Verlöbnis und Partnerschaft, ZEV 4 (1997) 283.

36 Vgl. allgemein *Breitschmid* (Fn. 7), Art. 513 ZGB N 9.

37 Vgl. allgemein *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003,

dass also Klarheit geschaffen (und dadurch die Auslegung erleichtert) wird, indem der Zusammenhang erbvertraglicher und lebzeitiger Klauseln, die verbleibenden lebzeitigen Befugnisse des Erblassers und allfällige besondere Modalitäten – insgesamt: das **Planungsziel** – **festgehalten** werden.

c) *Allgemeine Checkliste zu erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*

aa) Ob solcher Sonderperspektiven darf schließlich nicht vergessen werden, dass auch Unternehmer usw. menschliche Wesen mit allen sozialen und emotionalen Anliegen sind. Der Vollständigkeit halber sind deshalb nachfolgend noch im Sinne einer **allgemeinen Checkliste** – die gängigen Ziele jeder Nachlassplanung zu resümieren, nämlich³⁸.

(1) wie sich der **Nachlass** ohne individuelle Regelung **nach Gesetz** abwickeln würde (einschließlich IPR-Überlegungen), unter Berücksichtigung der ehgüterrechtlichen Situation,

(2) **Umfang und Struktur** des mutmaßlichen Nachlasses (Höhe, unter Berücksichtigung allfällig absehbarer Vermögenszu- oder -abflüsse; Teilbarkeit; besondere persönliche Anforderungen an die Erben bei Unternehmensnachfolge oder anderweitigen Sondersituationen),

(3) **persönliche Verhältnisse** bzw. Bedürfnisse des Erblassers und seines persönlichen Umfelds, abhängig vom Alter der Beteiligten (welches Unterhaltsverpflichtungen, aber auch alters- oder invaliditätsbedingte Sonderkosten, zudem das Wiederverheiratungs„risiko“ und weitere Aspekte beeinflusst) und deren wirtschaftlichen Verhältnissen (eigenes Vermögen des überlebenden Ehegatten; überdurchschnittliche Ausbildung und dadurch vermittelte Einkommenschancen der Kinder, Aussteuer- und sonstige Zuwendungen an diese; aber auch Bedürfnisse der ihrerseits unterhalts- und ausbildungspflichtigen Erben- generation),

(4) bereits erfolgte lebzeitige Vorkehren, welche **Ausgleichs-** bzw. **Herabsetzungsansprüche** oder kompensatorische Begünstigung im Blick auf Gleichbehandlung auslösen könnten,

Rz. 1280 ff.; *Wolfgang Wiegand*, Kommentar zu Art. 18 OR, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, 3. A., Basel 2003, Art. 18 OR N 57 ff., N 95 ff.

38 Vgl. *Breitschmid* (Fn. 7), Art. 498 ZGB N 20; *Peter Breitschmid*, Vorweggenommene Erbfolge und Teilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1997, S. 49 ff., 55-58; die Reihenfolge erfolgt ohne Wertungsabsicht.

- (5) **Beschränkungen der Verfügungsfreiheit** durch frühere bindende Anordnungen,
- (6) bereits **lebzeitig zu treffende Anordnungen** bzw. deren Umfang (einschließlich der resultierenden Ausgleichsproblematik)³⁹,
- (7) allfällige besondere **Risiken der „Durchlaufphase“** zwischen Errichtung und Umsetzung der Anordnungen (denen mit Ersatzanordnungen, Bedingungen oder Befristung der getroffenen Regelung zu begegnen wäre),
- (8) **steuerliche Aspekte** (Ausnützung der Freibeträge gegenüber beiden Elternteilen [soweit die Nachkommen durch die jüngste Entwicklung des Schenkung- und Erbschaftsteuerrechts nicht ohnehin steuerbefreit sind]; allfällige Ausnützung tieferer Progressionssätze der einkommensschwächeren Erbgeneration; Ausschöpfung des durch Gelegenheitsgeschenke gebotenen steuerlichen Freiraums, unter Berücksichtigung von 2. c)),
- (9) **soziale und emotionale Anliegen** des Erblassers (Auswahl wohltätiger Organisationen; Regeln bzgl. der Vergabe von Gegenständen mit Affektionswert usw.),
- (10) **Konfliktvermeidung**, indem gesetzliche Rahmenbedingungen (Pflichtteilsgrenzen bzw. Bewertungsspielräume, zulässiger Bindungsumfang und Drittmithilfe; Delegationsverbot; zeitliche Tiefenwirkung usw.) nicht „ausgereizt“ und „verbale Abrechnungen“, diskriminierende oder dissuasive Anordnungen vermieden werden,
- (11) **Vorbereitungen zur Erleichterung der Nachlassabwicklung** mittels Sichtung und Bereitstellung der erforderlichen Unterlagen über Bankbeziehungen, Familienverhältnisse usw.⁴⁰

bb) Zentrale Bedeutung kommt in jeder Situation der **Konfliktvermeidung**⁴¹ zu: Nicht eine auf dem Papier optimale Lösung unter „Ausreizen“ sämtlicher Grauzonen, sondern eine optimal umsetzbare, von den Beteiligten verstandene und akzeptierte Lösung minimiert die Reibungsverluste und sichert so wirtschaftliche Absehbarkeit, Stabilität und Planbarkeit für alle Beteiligten, namentlich die kontinuierlich-gedeihliche Entwicklung von Unternehmen, Familie oder Partnerschaft.

39 Vgl. vorne, 2. c).

40 Siehe dazu Roger Weber, Gerichtliche Vorkehrungen bei der Nachlassabwicklung, AJP 6 (1997) 550 ff., 552.

41 Vgl. vorne, 1. und 3. c).

4. Lebzeitige Gestaltungsmöglichkeiten im allgemeinen: „Vorweggenommene Erbfolge“

a) Rechtsgeschäftsplanerische Trias

aa) Die **Dreiteilung in allgemeine lebzeitige** (Ziff. 4.), daneben **güterrechtliche** (Ziff. 5.) und schließlich **erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten** (Ziff. 6) entspricht einem rein systematischen Anliegen, praktisch sind diese Instrumente aufeinander abzustimmen und meist kumulativ einzusetzen, um ein optimiertes Resultat herbeizuführen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die kumulative Anwendung zu einem beabsichtigten, möglicherweise aber auch überschießenden Effekt führen kann, weshalb das Gesetz mit zwingenden Regeln dafür sorgt, dass rechtsmissbräuchliche Umgehungsgeschäfte (Aushöhlung des erbrechtlichen Pflichtteilsschutzes durch lebzeitige Zuwendungen: vgl. Art. 527 ZGB)⁴² angefochten werden können.

bb) Wiederum ist daran zu erinnern, dass eine „**Gesamtlösung**“ sowohl Vorkehrungen zur Bewältigung der Altersphase des zukünftigen Erblassers⁴³ wie auch zur Erleichterung der Nachlassabwicklung⁴⁴ erfordert.

b) Instrumente „vorweggenommener Erbfolge“

An **lebzeitigen, erbrechtskonkurrierenden bzw. -ergänzenden Vorkehrungen** sind – ausgehend vom internen schweizerischen Recht – zu erwähnen:

aa) „Vorweggenommene Erbfolge“ im allgemeinen

Lebzeitige, in der Regel erbvertragliche Gesamt- oder Teilregelung unter Einbezug der spezifischen Interessen aller Beteiligten (z. B. Ausrichtung einer Schenkung/Erbebezug an Nachkommen im Moment der Familiengründung, dafür Erbverzicht im Nachlass des erstversterbenden Elternteils; Nutznießung des Unternehmerehegatten bloß an einem Teil des Nachlasses oder als betraglich fixierte Rentenlösung, mit Zuweisung des Unternehmens an den Unternehmensnachfolger). Es können in diesem Rahmen sowohl ein **günstiger Zeitpunkt** für eine Regelung (statt des zufälligen, aber nach Art. 537 Abs. 1 ZGB maßgeb-

42 Vgl. hinten, 4. c).

43 Vgl. vorne, 2. e), und hinten, 6. i) bb).

44 Vgl. vorne, 3. c).

lichen Todeszeitpunkts) wie auch die übrigen „festen Größen“ (Pflichtteilsansprüche) beliebig festgelegt werden. Vorempfänge kombiniert mit einem Erbverzichtsvertrag (Art. 495 ZGB) ermöglichen den Ausschluss einzelner Erben aus der Erbengemeinschaft (ob sich ein echter Querulant so einfach „isolieren“ lasse, ist allerdings zweifelhaft!) und damit u.U. den Teilungsausschluss bzw. -aufschub oder eine Vereinfachung der Verwaltung. – Zu bedenken bleibt selbstverständlich, dass vorweggenommene Erbfolge eine lebzeitige Entreicherung des Erblassers bewirkt, was bei Vermögensverfall oder langer Pflegedauer in extremis zu einer Abhängigkeit von der Erbengeneration (Unterstützungspflicht, Art. 328 ZGB)⁴⁵ führen kann. Denkbar ist auch, dass nicht Dankbarkeit, sondern Teilnahmslosigkeit am weiteren Schicksal des Erblassers eintritt. Solche negative Folgen lassen sich durch quantitativ „portioniertes“ Vorgehen allerdings eingrenzen.

bb) Schenkungen

Siehe dazu Art. 245 Abs. 2 OR; lebzeitige Schenkungen sind demgegenüber im Prinzip (Ausgleichungs- bzw. Herabsetzungspflicht prüfen!)⁴⁶ unbeschränkt zulässig.

cc) Versicherungsrechtliche Begünstigung⁴⁷

(1) Es bestehen in diesem Bereich verschiedene Unschärfen, und es verkennt die traditionelle „Abkoppelung“ der Versicherungen vom Erbrecht⁴⁸, dass das Substrat vom Erblasser stammt (und damit dem Nachlass entzogen wurde). Einzig Versicherungen mit Rückkaufswert (und nur mit diesem) fallen aber bei der Pflichtteilsermittlung in Betracht (Art. 476 und Art. 529 ZGB), was die Begünstigung familienfremder Personen (so namentlich bei „Mehrfachbeziehungen“ verheirateter Erblasser) erleichtert, bei „Ausreizen“ des gesetzlich eingeräumten „Toleranzbereichs“ aber vor Art. 527 Ziff. 4 ZGB kaum mehr standhalten dürfte (umso mehr, als an die Art. 527 Ziff. 4 ZGB aus-

45 Vgl. Michel Mooser/Amédéo Wermelinger, Quelques aspects liés au desaisissement volontaire d'éléments de fortune par des personnes âgées, RFJ/FZR 1993, I ff.; unter Bezugnahme auf die jüngste Diskussion des Familienunterhalts in der BRD etwa Roland Schibel, Der Einsatz des Vermögens beim Elternunterhalt, NJW 51 (1998) 3449 ff.

46 Vgl. dazu hinten, 4. c).

47 Vgl. dazu Druey (Fn. 33), § 13 Rz. 27 ff.; hinten, 6. j).

48 Vgl. BGE 112 II 157.

lösende „Umgehungsabsicht“ keine besonders strengen Anforderungen gestellt werden)⁴⁹.

(2) **Versicherungs- und vorsorgerechtliche Lösungen**⁵⁰ haben heute vor allem auf landesinterner Ebene auch steuerlichen Gestaltungszweck (dass sich auf steuerpolitischer Ebene gegenüber der Privilegierung Gegentendenzen abzeichnen, diene als Warnung gegenüber allzu sorgloser Annahme zivilrechtlicher Unbedenklichkeit). Ein praktisch bedeutender Vorzug ist vor allem, dass der Begünstigte ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer erhält, mithin nicht die (oft um Jahre verzögerte) Teilung abzuwarten hat.

dd) Gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln und Ehegattengesellschaft

(1) Bei den **gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklauseln**⁵¹ handelt sich um gesellschaftsvertragliche Abmachungen über:

(a) die **Fortsetzung** der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern entgegen den (dispositiven) Regeln von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 574 Abs. 1 und Art. 613 OR, meist verknüpft mit einer

(b) Regelung über die **Abfindung** der Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters,

(c) die **Nachfolge** bestimmter Erben, denen Gesellschafterstellung zugewiesen wird,

(d) den **Eintritt** einzelner oder aller Erben nach deren eigenem Willen, welche hier nicht im Einzelnen behandelt werden können, jedenfalls aber nicht zu Lasten von Pflichtteilerben gehen können⁵²; zur erbrechtlichen Relevanz der sog. **Abfindungsklausel** (mit der Konsequenz der Erbvertragsform!)⁵³.

49 Vgl. dazu Pierre Izzo, Lebensversicherungsansprüche und -anwartschaften bei der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, Diss. Fribourg 1999 (= AISUF 180); Werner Nussbaum, Die Ansprüche der Hinterlassenen nach Erbrecht und aus beruflicher Vorsorge bzw. gebundener Selbstvorsorge, SZS 1988 197 ff.; Umgehungsgeschäfte behält nun auch BGE 129 III 305 vor.

50 Zu letzteren namentlich Regina E. Aebi-Müller, Gedanken zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten, ZBJV 135 (1999) 504-517; dies, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Diss. Bern 2000 (= ASR 641), §§ 2, 9.

51 Vgl. dazu Druey (Fn. 33), § 8 Rz. 46 ff.

52 Vgl. hinten, 6. k).

53 Vgl. BGE 113 II 270 und die Bemerkungen von Jean Nicolas Druey, SAG 60 (1988) 30 f.; zuletzt BGE 119 II 119 (wo keine solche Klausel getroffen war; dazu Heinz Hausheer/Roland Pfäffli, Zur Bedeutung des Anwachsungs-

(2) Daneben ist das Gebilde der **Ehegattengesellschaft** aufsteigender Stern am Planungshimmel⁵⁴. Es soll in einer solchen einfachen Gesellschaft gemeinschaftliches Eigentum von Ehegatten an einer Liegenschaft oder sonstigen Vermögenswerten (in Anwendung von Art. 168 ZGB)⁵⁵ gehalten werden; dies ist – anders als bei einem Ehevertrag – formlos (selbst konkludent) möglich (beachte aber, dass Rechtsgeschäfte über Grundstücke ebenso wie ein Ehevertrag öffentlicher Beurkundung bedürfen!). Die Auseinandersetzung der Ehegattengesellschaft erfolgt vorgängig der güter- und erbrechtlichen, und es fällt der gesellschaftsvertragliche Liquidationserlös nach gesellschaftsrechtlicher Hälfteteilung (unabhängig von der Höhe ihrer Beiträge) den Gatten (bzw. den güterrechtlichen Vermögensmassen) zu. Neben möglichen Steuerfolgen ist zu beachten, dass (entgegen Art. 206 Abs. 1 ZGB) im Gesellschaftsrecht keine „Verlustbegrenzung“ vorgesehen ist⁵⁶.

ee) Familienstiftung

Zunehmend feststellbar ist sodann eine **Strömung in der Lehre, die Familienstiftung** (Art. 335 ZGB; vgl. den Hinweis in Art. 493 ZGB) zu „öffnen“, indem im pflichtteilsfreien Bereich auch Unterhaltsstiftungen – bzw. Treuhandlösungen gleichen Zwecks – als zulässig erachtet würden⁵⁷, da – bei allem Verständnis für die hinter dem Verbot von Art. 335 ZGB stehende Wertung – in der Tat nur schwer nachvollziehbar

prinzipiell bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall, ZBJV 130 [1994] 38 ff.) und die Bemerkungen von *Daniel Staehelin*, AJP 3 (1994) 100 f.

54 Vgl. *Heinz Hausheer*, Anmerkungen zur Ehegattengesellschaft, ZBJV 131 (1995) 617 ff.

55 Vgl. hinten, 5. a) aa).

56 Siehe zum Ganzen *Beat Bräm*, Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten an Grundstücken, Diss. Bern 1997.

57 So schon *Friedrich T. Gubler*, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust), ZSR 73 (1954) 460a ff., und *Claude Reymond*, Le trust et le droit suisse, ZSR 73/1954) 172a ff.; nun *Luc Thévenoz*, La fiducie, cendrillon du droit suisse, SR 114 (1995) II 301, und *Rolf Watter*, Die Treuhand im Schweizer Recht, ZSR 114 (1995) 216 Nr. 86 [mit Treuhandlösungen]; weiter vgl. *Alexandra Zeiter*, Die Erb-stiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg i.Ue. 2001 (= AISUF 203), Rz. 576-579; *Peter Breitschmid*, Trust und Nachlassplanung, in: Festschr. für Anton Heini, hrsg. v. Isaak Meier und Kurt Siehr, Zürich 1995, S. 71 Nr. 23 mit Anm. 115; *Hans Rainer Künzle*, Stiftungen und Nachlassplanung, in: Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, hrsg. v. Hans Michael Riemer, Zürich 2001, S. 17 f.

ist, weshalb der Erblasser außerhalb der Pflichtteile beliebig zugunsten familienfremder Personen, nicht aber in stiftungs- oder treuhandmäßiger Form zugunsten von Familienmitgliedern soll verfügen können. – Zu bedenken ist allerdings die – gerade in Zeiten radikaler Umbrüche und schwer absehbarer Entwicklungen hemmende – stiftungstypische Statik⁵⁸.

ff) Verträge über Erbanwartschaften und angefallene Erbteile

Die genannten Geschäfte sind abzugrenzen von Verträgen über Erbanwartschaften und angefallene Erbteile, bei denen nie der Erblasser beteiligt ist: Vgl. Art. 635 und 636 ZGB (hier Zustimmung des Erblassers wegen sittlicher Fragwürdigkeit erforderlich); **in keinem Fall kann ein Dritter so unmittelbare Mitwirkungsrechte in der Erbengemeinschaft erlangen.**

gg) „Ausweich- und Umgehungsgeschäfte“

(1) Eine scharfe Grenze zwischen „ehrenwerten“ und „suspekten“ Anordnungen lässt sich kaum ziehen: Eine Schenkung⁵⁹ kann übliches (je nach Gesinnung und Verhältnissen des Erblassers gar großzügiges) Gelegenheitsgeschenk oder missbräuchliche Vermögensentäußerung i.S.v. Art. 527 Ziff. 4 ZGB sein; ebenso können Darlehen ungleiche Startchancen bedeuten, aber auch eine Form sittlich gebotener Unterstützung darstellen⁶⁰. Die Umgehungsabsicht ergibt sich immer nur aus den konkreten Gegebenheiten, insbesondere der Frage, ob leibzeitige Wirkungen zweiseitiger, nicht erbvertraglich gefasster Vereinbarungen bewusst ausgeschlossen bzw. ernsthaft gar nicht ins Auge gefasst wurden und damit der Zweck ‚mortis causa‘ prägend wirkt⁶¹.

58 Zu Problemen und Möglichkeiten bei der „Anpassung“ vgl. z. B. SJZ 80 (1984) 147 Nr. 23.

59 Vgl. vorne, 4. b) bb).

60 Zur Pflicht unter Eltern und Kindern, sich ggf. durch Darlehensgewährung zu unterstützen, s. *Cyril Hegnauer*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder (Art. 270-275 ZGB), Die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 276-295 ZGB), Bern 1997, Art. 272 ZGB N 21.

61 Vgl. *Heinz Hausheer*, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, 79 ff., insbesondere 87 f.; BGE 99 II 268.

(2) **Anordnungen**, die durchaus übliche Gestaltungselemente in sich tragen, tendenziell aber auch Missbrauchspotential bergen und deshalb unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen wären, sind etwa:

(a) **Compte joint**⁶²: Compte und Depot joint sind unter Lebenden fraglos zulässig; erbrechtlich unzulässig ist aber, die Erben eines der Solidarberechtigten auszuschließen und vom verbleibenden Inhaber „übereunden“ zu lassen, da dieser zwar umfassende Rechte hat, ebenso aber die Erben als Rechtsnachfolger des ebenfalls umfassende berechtigten verstorbenen Mitinhabers, unter den Beteiligten muss eine Auseinandersetzung nach erbrechtlichen Grundsätzen erfolgen⁶³.

(b) **Kaufrecht**: Kombinierte Gebrauchs- und (auf den Tod des Partners gestellte) Kaufrechtsverträge, die lebzeitig noch keine Wirkungen entfalten und für den Zeitpunkt der Ausübung des Kaufrechts einen nicht marktkonformen Optionspreis vorsehen, müssen ihrer Natur nach erbrechtlicher Form genügen⁶⁴.

(c) **„Weisungen für den Todesfall“** an einen Treuhänder oder sonstigen Vertrauten (klar abzugrenzen von der erlaubten und für den Bankverkehr unabdingbaren Vollmacht über den Tod hinaus, Art. 35 OR) können zulässigerweise nicht Vermögensübertragungen am Erbrecht vorbei bewirken, erlauben und erleichtern aber Verwaltungsvorkehrungen⁶⁵. Umgekehrt sind Vollmachten aber das unverzichtbare Instrument der Wahl, um einem Zustand lebzeitiger Handlungsunfähigkeit spontan und ohne vorgängige Bestellung eines Beistands begegnen zu können. – In einem weitem Sinne fallen auch sog. Patiententestamente (nicht-erbrechtliche Anordnungen über Art und Abschluss medizinischer Behandlung für den Fall irreversibler schwerwiegender Krankheit ohne Fähigkeit zu Äußerung) in diesen Zusammenhang⁶⁶.

(d) Jede **„Aussonderung“ von Vermögenswerten** (Einbringen in Trust, Stiftung, Versicherung, Unternehmen: Gründung einer familieneigenen Vermögensverwaltungsgesellschaft mit dem vorrangigen Zweck, das eigene Vermögen zu verwalten) bedarf einer sachlichen Recht-

62 Vgl. Hausheer (Fn. 61), S. 96 ff.; Dieter Zobl, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, AJP 10 (2001) 1010 f.; BJM 1994, 231 ff.

63 Vgl. ZR 101 (2002) Nr. 26 = hinten, III. 2. i).

64 Vgl. allgemein Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 11 Rz. 133; für einen durchaus lautereren Einsatz von Kaufrechten siehe Mathis Burckhardt, Erfahrungen in der Praxis mit der Planung und dem Vollzug von Verfügungen von Todes wegen, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 177 f.

65 Vgl. hinten, 6. i) aa).

66 Vgl. vorne, 2. e).

fertigung: Persönliche Bezüge des Erblassers zu verschiedenen Jurisdiktionen, ein entsprechendes (verhältnismäßiges) Vorsorgebedürfnis usf.; jedes angebliche „Geheimhaltungsbedürfnis“ widerspricht den erbrechtlichen Informationspflichten (Art. 607 Abs. 2, 610 Abs. 2 ZGB)⁶⁷, und jeder Anschein von Geheimhaltungsvorkehrungen löst regelmäßig verstärkten Informationsdruck und verschärfte prozessuale Auseinandersetzungen aus.

c) Gesetzliche Koordination von lebzeitigen Vorkehrungen und Erbrecht: Ausgleichung und Herabsetzung

Wichtig ist das Bewusstsein, dass nach schweizerischem (und überhaupt kontinentalem) Verständnis lebzeitige Vorkehrungen im Erbgang nicht unberücksichtigt bleiben: Wie die Schenkung- mit der Erbschaftsteuer, so korrelieren **Herabsetzung und Ausgleichung** im Erbgang mit lebzeitigen Vorkehrungen. – Die Grundzüge dieser der Verwirklichung des Pflichtteilsanspruchs dienenden Institute lassen sich wie folgt zusammenfassen⁶⁸:

aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede

(1) **Während die Ausgleichung dem gesetzlichen Erbrecht zugehört** und lebzeitige Geschäfte in die Ermittlung des Nachlass(wert)es einbezieht, **dient die Herabsetzung der Korrektur von Verletzungen des Pflichtteilsschutzes**⁶⁹ durch individuelle (erbrechtliche oder lebzeitige) Anordnungen:

(2) **Gemeinsam** sind Ausgleichung und Herabsetzung die Beseitigung von Ungleichbehandlungen und die Begründung einer Rückleistungspflicht;

(3) **Unterschiede** liegen

(a) **im persönlichen Bereich**: ausgleichungspflichtig sind nur gesetzliche, herabsetzungspflichtig auch eingesetzte Erben und Dritte; Herabsetzung kann nur von Pflichtteils-, Ausgleichung auch von gesetzlichen Erben verlangt werden;

67 Zum Ganzen umfassend Andreas Schröder, Informationspflichten im Erbrecht, (Diss. Basel) Bascl 2000.

68 Detailliert und umfassend Paul Eitel, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998 (= ASR 613), bzw. ders., Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, ZBJV 134 (1998) 729 ff.

69 Vgl. hinten, 6. a).

(b) **im Zweck:** Herabsetzung erfolgt gegen den Willen des Erblassers, Ausgleichung folgt dessen mutmaßlichem Willen;

(c) **im sachlichen Anwendungsbereich:** herabgesetzt werden in erster Linie Verfügungen von Todes wegen (Art. 532 ZGB), ausgeglichen werden (nur) lebzeitige Zuwendungen.

Ausgleichung und Herabsetzung schließen einander aus: Ausgleichung geht vor, weil sie dem (mutmaßlichen) Willen des Erblassers folgt; bei der Ausgleichung sind denn auch erblasserische Anordnungen weitherzig zu berücksichtigen (Art. 626 Abs. 2, 628 Abs. 2 ZGB). Erst subsidiär setzt sich der absolute Charakter des Pflichtteilsrechts durch, das vom Erblasser nicht wegbedungen werden kann (Enterbungsgründe vorbehalten: Art. 477 ZGB)⁷⁰.

bb) Prinzipien der Ausgleichung

(1) Die unterschiedlichen, oft schwer nachvollziehbaren Hintergründe lebzeitiger Geschäfte bedingen ein Geflecht von Vermutungen, damit Ausgleichung nur (aber doch) dort stattfindet, wo dies gewollt ist: **Der (vermutete) Wille des Erblassers ist maßgeblich**, weshalb in jedem Fall die erblasserische Anordnung der Ausgleichung oder ein Dispens entgegen den gesetzlichen Vermutungen möglich ist.

(2) **Grundidee der gesetzlichen Regelung ist:**

(a) **Auszugleichen haben nur gesetzliche Erben** (aber alle!, Art. 626 Abs. 1 ZGB; einschließlich Erben des Ausgleichungspflichtigen, Art. 627 ZGB), und zwar nur lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers auf Anrechnung an ihren Erbteil, nicht aber übliche Gelegenheitsgeschenke (Art. 632 ZGB).

(b) **Unterschied zwischen Nachkommen und anderen Erben:** Bei ersteren wird Gleichbehandlung (Art. 626 Abs. 2 ZGB), bei den zweiten Begünstigungsabsicht und damit gewollte Ungleichbehandlung vermutet (Art. 626 Abs. 1 ZGB), weshalb Nachkommen von der Ausgleichung ausdrücklich befreit werden müssen.

(c) **Bei den Nachkommen ist zu unterscheiden zwischen Ausstattung etc.** (Beiträge zur Existenzsicherung und -verbesserung, Art. 626 Abs. 2 ZGB: ausgleichungspflichtig) und Erziehungs- und Ausbildungskosten (Art. 631 ZGB: i.d.R. [übliche: z.B. Studium; kaum aber LL.M.] nicht ausgleichungspflichtig⁷¹; entscheidend sind u.E. stets die konkreten Verhältnisse: vgl. Art. 4 und Art. 277 Abs. 2 ZGB).

⁷⁰ Vgl. hinten, 6. a) aa).

⁷¹ (Str)enger *Eitel* (Fn. 68), ZBJV 134 (1998) 738 f.

(d) **Stellung des Ehegatten:** es gilt Art. 626 Abs. 1 ZGB bei Zusammentreffen mit andern gesetzlichen Erben; bei Zusammentreffen mit Nachkommen haben diese nach Art. 626 Abs. 2 ZGB dem Ehegatten gegenüber auszugleichen, während dieser einen Vorempfang im Rahmen von Abs. 1 behalten kann⁷².

(3) **Der Ausgleichungspflicht kann man durch Ausschlagung entgegen** (hat alsdann aber evtl. Herabsetzung zu gewärtigen); sie erfolgt im übrigen (Art. 628 Abs. 1 ZGB) durch Real- (Einwerfung des Vorempfangs und dessen Teilung im Rahmen der Erbteilung) oder Idealausgleichung (rechnerischer Einbezug). Ausgleichungsanordnungen bzw. -dispens sind (formlos gültige) Verfügungen von Todes wegen, können aber bei erbvertraglicher Anordnung nicht einseitig widerrufen werden⁷³.

(4) Die Ausgleichung wird im Teilungsprozess geltend gemacht; anders als die Herabsetzung **verjährt** sie deshalb nicht, doch kann bei unterbliebener Geltendmachung Verzicht vorliegen⁷⁴.

cc) Prinzipien der Herabsetzung

(1) **Herabgesetzt werden Verfügungen von Todes wegen**, sodann – wenn noch nicht ausreichend zur „Auffüllung“ des verletzten Pflichtteils – auch lebzeitige Zuwendungen gemäß Art. 527 Ziff. 1-4 ZGB, zuerst die jüngsten (Art. 532 ZGB), wobei insbesondere Vermögensentäußerungen zur Pflichtteilsumgehung anvisiert werden (Art. 527 Ziff. 3 und 4). Bei Anordnungen auf gleicher zeitlicher Stufe erfolgt die Herabsetzung proportional zulasten aller Bedachten (Art. 525 Abs. 1 ZGB).

(2) **Zu Art. 527 Ziff. 1 ZGB:** Der Sinn ist, dass der Erblasser zwar von der Ausgleichung befreien kann (Art. 626 Abs. 2 ZGB), aber dennoch ans Pflichtteilsrecht gebunden bleibt⁷⁵.

⁷² Vgl. BGE 77 II 228.

⁷³ Vgl. BGE 118 II 282.

⁷⁴ Vgl. BGE 45 II 4.

⁷⁵ Zuletzt BGE 116 II 667 = Pra. 80 (1991) Nr. 159, Bespr. *Bernhard Schnyder* in ZBJV 129 (1993) 183 ff.; *Rolando Forni/Giorgio Piatti*, Kommentar zu Art. 521-536 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Art. 527 ZGB N 4 f.

(3) Die Herabsetzung kann **nur einzelnen Begünstigten gegenüber** geltend gemacht werden, wirkt alsdann aber nur gegenüber diesen, während nahestehende Miterben „geschont“ werden können.

(4) Die Klage ist binnen Jahresfrist ab Kenntnis des Klagegrundes (relative)⁷⁶, spätestens binnen 10 Jahren (absolute **Verjährung**) anzuheben, kann aber einredeweise – d. h. als subjektives Verteidigungsrecht des Beklagten gegen einen ihm gegenüber erhobenen Anspruch – jederzeit geltend gemacht werden (Art. 533 ZGB)⁷⁷, aber nur, wenn man noch ins Recht gefasst wird⁷⁸! Auf Geltendmachung des Herabsetzungsanspruchs kann (formlos!) verzichtet werden⁷⁹.

5. Vermögensrechtliche Absprachen bei Ehe und Konkubinat: „Güterrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten“

a) Hinweise zum ehегüterrechtlichen Planungsspielraum

Vermögens- und güterrechtliche Absprachen unter Ehegatten (für einen Überblick über das System des schweizerischen Güterrechts seien namentlich die von Banken abgegebenen Kundenbroschüren empfohlen):

aa) Allgemeine Rechtsgeschäfte unter Ehegatten

Während die **Ehegatten** frei sind, untereinander und mit Dritten **beliebige Rechtsgeschäfte** zu treffen (Art. 168 ZGB: also z. B. ein Unternehmen oder Teile davon oder ein Aktienpaket zu verkaufen; einzelne Objekte in eine Gesellschaft einzubringen⁸⁰; ferner untereinander Arbeitsverträge abzuschließen: Art. 320 Abs. 2 OR, ggf. Art. 165 ZGB), sind sie an den **numerus clausus der Güterstände** gebunden (Art. 182 Abs. 2 ZGB). Der Gestaltungsspielraum ist damit enger als im Erbrecht⁸¹, welches auch im zwingenden Bereich des Pflichtteilsrecht (erb-)vertragliche Abweichungen erlaubt.

76 Vgl. BGE 121 III 249.

77 Vgl. Hans Michael Riemer, Schematische Übersicht über die wichtigsten erbrechtlichen Klagen des ZGB und ihre Merkmale, recht 1989, 54 f.; BGE 116 II 244 f. Erw. 3 und 247 Erw. 4.c (noch im Teilungsprozess).

78 Vgl. ZR 95 (1996) Nr. 34.

79 Vgl. BGE 108 II 292 ff.

80 Vgl. vorne, 4. b) dd).

81 Vgl. hinten, 6.

bb) Güterrechtliche Absprachen

(1) Das Gesetz sieht als **ordentlichen gesetzlichen Güterstand** die Erzungenschaftsbeteiligung und als **Wahlgüterstände** die Gütergemeinschaft und die Gütertrennung vor.

(2) Solche ehevertragliche Anordnungen können (wie allgemeine vermögensrechtliche Absprachen)⁸² mit Bedingungen und Auflagen verknüpft werden⁸³, deren wichtigste wohl die sog. **Rückfall- bzw. Wiederverheirathungsklausel** sind, wonach im Sinne einer Resolutivbedingung dem überlebenden Ehegatten zugewiesene Vorteile hinfällig werden; dies zumindest solange, als nicht eine eigentliche „Denaturierung“ des seinerzeitigen Güterstandes vorliegt. Ein weites Gestaltungsfeld bietet namentlich die **Mehrwertbeteiligung** (Art. 206 und Art. 239 ZGB). Jegliche Vereinbarung unter Ehegatten (mithin auch eine solche allgemeiner Art nach 5. a) aa), namentlich aber auch eine güterrechtliche, selbst für den Scheidungsfall) hat qualifizierten Fairnessanforderungen zu genügen (Ausfluss der Treue- und Beistandspflicht, Art. 159 Abs. 2 und 3 ZGB) und darf insbesondere nicht zu einer Benachteiligung des mit Betreuungspflichten belasteten Gatten führen⁸⁴.

(3) Aus **unternehmerischer Sicht** muss das Unternehmen als Einheit auch güterrechtlich vorzugsweise einer einzigen Vermögensmasse zugeordnet werden können. Das ist fraglos bei der Gütertrennung gewährleistet, wobei diese aber auch jede (an sich ehетypische) Partizipation am wirtschaftlichen Befinden des Partners eliminiert; durchaus vorteilhaft dagegen der (ehevertraglich angepasste!)⁸⁵ ordentliche gesetzliche Güterstand, während die Gütergemeinschaft⁸⁶ lediglich bei Gattenbegünstigung in Frage kommt. Zu begünstigen ist – eine Banalität – der auserkorene **Unternehmensnachfolger** (so man ihn schon kennt...). Dies bedingt eine Kombination güter- und erbrechtlicher Anordnungen (Pflichtteilssetzung der übrigen): Privilegierung eines Nachkommen durch geringe güterrechtliche Partizipation des Gatten (Art. 199 ZGB; s. auch Art. 224 Abs. 1 ZGB)⁸⁷, eines Dritten durch Gü-

82 Vgl. dazu 5. a) aa).

83 Vgl. hinten, 6. d).

84 Vgl. einen entsprechenden Fall bei Peter Breitschmid, Ist Art. 242 Abs. 1 ZGB (Rücknahme der Eigengüter bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Scheidung) zwingendes Recht?, FamPra 2001, 430 ff., ferner hinten, 5. a) dd).

85 Siehe Art. 199 ZGB bzw. hinten, 5. a) dd).

86 Vgl. hinten, 5. a) cc).

87 Vgl. hinten, 5. a) cc).

tertrennung (Art. 247 ff. ZGB), des Ehegatten selbst durch Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB). Um – namentlich wegen der Hürde des Pflichtteilsrechts – wirtschaftliche „Manövriermasse“ zu gewinnen, ist mithin bei der güterrechtlichen Gestaltung auf ein hohes Eigengut des Unternehmer-Ehegatten zu achten (hier tendenziell also z. B. die Mehrwertbeteiligung gem. Art. 206 ZGB auszuschließen); wo hingegen als Unternehmensnachfolger der Gatte des Unternehmers vorgesehen ist, muss umgekehrt das Unternehmen möglichst bereits im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung an diesen gelangen, was bei Gütergemeinschaft erleichtert ist. – Gleiche Überlegungen gelten selbstverständlich, wo nicht ein Unternehmen, sondern ein anderes besonders werthaltiges Einzelobjekt (namentlich eine Liegenschaft) einer bestimmten Person zugewiesen werden soll. – Kontrolle der Pflichtteilsverträglichkeit erfordert in allen Situationen Informationsrechte⁸⁸.

cc) *Besonderheiten der Güterstände*

(1) Im Rahmen der **Errungenschaftsbeteiligung** kann namentlich:

(a) die gesetzlich hälftige (Art. 215 ZGB) **Vorschlagsteilung** in verschiedenster Form modifiziert werden (Art. 216 ZGB)⁸⁹: Wertquoten mit Minimal- oder Maximalbeträgen, Verzicht auf Vorschlagsbeteiligung seitens eines oder beider Gatten, Abmachungen über die Wertbestimmung (Art. 211 f. ZGB), Differenzierung des Beteiligungsumfangs nach Lebensphasen. – Bei der Errungenschaftsbeteiligung sind bei solchen Absprachen lediglich die Pflichtteilsansprüche nicht-gemeinsamer Nachkommen zu wahren (Art. 216 Abs. 2 ZGB); deutlich wird daran allerdings die Notwendigkeit sicherzustellen, dass güterrechtlich dem Partner zugeflossene Werte dereinst an die gemeinsamen Nachkommen gelangen⁹⁰.

(b) Insbesondere ermöglicht aber Art. 199 ZGB, der Errungenschaft zugehörige Werte (an denen mithin der Ehegatte bei Auflösung des Güterstandes partizipieren würde) und deren (auch zukünftige) **Erträ-**

ge **chevertraglich dem Eigengut zuzuordnen**, wenn sie für die Ausübung eines Berufs oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind⁹¹, was pflichtteilsrechtlich unbedenklich ist, solange unternehmerische und nicht rechtsmissbräuchliche Beweggründe bestehen⁹². Besonders in kleingewerblichen Verhältnissen ohne Buchführungspflicht ist der Beweislage (Vermutung von Miteigentum beider Gatten, Art. 200 ZGB) Beachtung zu schenken.

(c) Praktisch bedeutend sind ferner Vereinbarungen über den **Mehrwertanteil** und Abreden über Wohnung und Hausrat: Art. 206 Abs. 3 und 219 ZGB), welche besonders bei Altersdiskrepanzen (junger überlebender Ehegatte) oder untypischen Entwicklungen (Unfalltod eines jungen Gatten) über einen erheblichen Zeitraum wirtschaftlich bedeutendes Regelungspotential enthalten.

(d) Haftungsrechtlich ist zu unterstreichen, dass die Errungenschaftsbeteiligung für Unternehmer wegen der **Haftung jedes Ehegatten** (nur mit seinem Vermögen (Art. 202 ZGB) keine (die Gütertrennung rechtfertigende) Risiken birgt.

(2) Die Vereinbarung der **Gütergemeinschaft** erleichtert die Begünstigung des überlebenden Ehegatten durch Zuweisung des Gesamtgutes, wobei aber die Pflichtteile (auch gemeinsamer) Nachkommen zu beachten sind (Art. 241 Abs. 3 ZGB), aber (z. B. bei kinderlosen Paaren) elterliche Pflichtteile eliminiert werden können. Auch ein „eingebrachtes“ Unternehmen kann so (und wird so) bereits güterrechtlich an den Partner fallen.

dd) *Scheidung*

(1) **Ehe und Scheidung gehören** bei einer Scheidungsquote von über 40% **zusammen**. Aus rechtsgeschäftsplanerischer Sicht ist dieses Faktum zu bedenken, und es gelten güterrechtliche Meistbegünstigungslösungen denn auch von Gesetzes wegen vorbehaltlich besonderer

88 Vgl. BGE 127 III 396 mit div. Besprechungen, insbesondere von *Jean Nicolas Druet*, AJP 11 (2002) 210 ff. und *Stephan Wolf*, recht 2002, 74 ff., vgl. ferner ZBJV 137 (2001) 679 ff.

89 Vgl. dazu *Heinz Hausheer*, Kommentar zu Art. 181-251 ZGB, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel 2002, Art. 216 ZGB N 13 ff.

90 Vgl. hinten, 6. f).

91 Vgl. *Lise Favre*, Une possibilité méconnue en matière de contrat de mariage: l'article 199 CC, ZBGR 78 (1997) 137 ff.; siehe auch *Rolf Bär*, Die kaufmännische Unternehmung im neuen Ehe- und Erbrecht, in: Das neue Ehe- und Erbrecht mit seiner Übergangsordnung, BTJP 1987, Bern 1988, S. 181-183.

92 Vgl. *Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften (Art. 181-195a ZGB), Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196-220 ZGB), Bern 1992, Art. 199 ZGB N 16.

Abrede für den Scheidungsfall nicht (vgl. Art. 216/217 bzw. Art. 241/242 ZGB)⁹³.

(2) Das **revidierte Scheidungsrecht** – in Kraft seit 1.1.2000 – bringt in zwei Bereichen wesentliche Neuerungen:

(a) **Berufliche Vorsorge:** Während vor Inkrafttreten des FZG⁹⁴ am 1.1.1995 Anwartschaften auf künftige Leistungen gegenüber Vorsorgeeinrichtungen nicht zum ehelichen Vermögen gehörten und deshalb auch nicht Teil der güterrechtlichen Auseinandersetzung bildeten, sondern ausschließlich im Rahmen von a Art. 151 bzw. a Art. 152 ZGB bei der Festsetzung der (i.d.R. allerdings verschuldensabhängigen) Rente berücksichtigt werden konnten⁹⁵, ermöglichte mittlerweile Art. 22 FZG (in der ursprünglichen Fassung), dass ein Teil der von einem Gatte während der Ehe erworbenen Austrittsleistung an die Vorsorgeeinrichtung des andern übertragen werden konnte. – Mit der Scheidungsnovelle (Art. 122-124 ZGB) wird nun die Teilung der Anwartschaft zur Regel (Art. 122 Abs. 1 ZGB); für Ausnahmen und Sonder-situationen vgl. im einzelnen den Wortlaut von Art. 122-124 und Art. 141 ZGB sowie zur Berechnung Art. 22 FZG. Zu Einzelheiten ist auf die bereits ausführliche Literatur hinzuweisen; individuelle Gestaltung (Abweichung vom gesetzlichen Prinzip der Hälfteteilung) hat zu bedenken, dass diesbezügliche Absprachen strengerer gerichtlicher Kontrolle unterliegen als sonstige Scheidungsvereinbarungen (vgl. Art. 141 Abs. 3 gegenüber Art. 140 Abs. 2 ZGB)⁹⁶.

(b) **Nach-Scheidungsunterhalt:** Die allgemeine Stoßrichtung geht dahin, dass geschiedene Ehegatten unabhängig von den Ursachen der Scheidung (allfälliges Verschulden) wirtschaftlich möglichst endgültig auseinandergesetzt werden (Prinzip des sog. clean break, welches sich allerdings nicht „rein“ umsetzen lässt): Sog. „ehebedingte Nachteile“ sind auszugleichen, und zwar (die Extremsituationen von Art. 125 Abs. 3 ZGB vorbehalten, welche aber den Enterbungsstatbeständen nachempfunden und entsprechend restriktiv zu handhaben sind)⁹⁷ unabhängig von einem allfälligen Verschulden: Hat ein Gatte als Folge der ehelichen Aufgabenteilung (Art. 163 Abs. 2 ZGB) wegen Kinder-

93 Vgl. hinten, 5. a) dd).

94 Vgl. SR 831.2.

95 Zum damaligen Stand vgl. Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 3.A., Bern 1994, Rz. 11.10, 11.15.

96 Siehe mit weiteren Hinweisen Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4.A. Bern 2000, Rz. 11.22 ff., 11.30.

97 Vgl. hinten, 6. a) aa).

betreuung und/oder Haushaltführung die Erwerbstätigkeit aufgegeben oder diese maßgeblich reduziert, so kann er (meist: sie) i.d.R. während einiger Zeit nicht oder nur beschränkt für seinen Unterhalt aufkommen; als Folge der partnerschaftlichen Rollenteilung während der Ehe sind diese Nachwirkungen der Ehe von den geschiedenen Gatten noch gemeinsam zu tragen (zu den Kriterien im Einzelnen siehe Art. 125 Abs. 2 ZGB: im Vordergrund stehen Dauer der Ehe und Dauer der noch zu erbringenden Kinderbetreuung)⁹⁸. – Gestalterischer Spielraum besteht nur beschränkt durch Scheidungsvereinbarungen (Art. 111 f. ZGB), welche indes gerichtlicher Prüfung unterliegen (Art. 140 ZGB). Die künftige Eventualität einer Scheidung kann deshalb rechts-geschäftsplanerisch kaum erfasst werden, da „auf Vorrat“ getroffene Konventionen oft im Nachhinein (tatsächlich oder in der Konfliktsituation von einer Partei so empfunden) eine Übervorteilungskomponente enthalten können⁹⁹.

b) Konkubinatsverträge

aa) Alle vermögensrechtlichen Absprachen bis hin zur integralen Übernahme eines Güterstandes lassen sich von unverheirateten Paaren im Prinzip auch **partnerschaftsvertraglich** treffen, ohne dass aber der spezifisch eherechtliche Rechtsschutz (z. B. Eheschutzrichter, Art. 171 ff. ZGB; Wirkung gegenüber Dritten, z. B. Haftungsbegrenzung auf das eigene Vermögen: Art. 202 ZGB) anwendbar wäre (die vorne¹⁰⁰ erwähnten Tendenzen für eine registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare knüpfen denn auch in diesen Belangen konsequent an die Ehe an). Zu beachten bleibt, dass einstweilen unabhängig von der geschlechtlichen Orientierung der Partnerschaft jegliche „güterrechtliche Partizipation“ eine ausdrückliche Abmachung erfordert; auch eine solche Absprache vermag aber von den spezifisch eherecht-

98 Vgl. Hegnauer/Breitschmid (Fn. 96), Rz. 11.35 ff., insbesondere Rz. 11.42a-h.

99 Vgl. den Sachverhalt von BGE 121 III 393 und dazu m.Nw. Peter Breitschmid, Scheidungsplanung?, AJP 8 (1999) 1607; ebenso Maurice Courvoisier, Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgenvereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen, Diss. Basel 2002; generell gegen die Gültigkeit vor der Scheidung getroffener Vereinbarungen Thomas Geiser, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung, in: Festschr. für Heinz Hausheer, hrsg. v. Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter und Wolfgang Wiegand, Bern 2002, S. 217 ff.

100 Vgl. vorne, 2. b).

lichen Privilegierungen (z. B. Art. 216 Abs. 2 ZGB, wonach elterliche Pflichtteilsrechte ehevertraglich wegbedungen werden können) nicht zu profitieren. Soll eine solche vermögensrechtliche Absprache auch bei Auflösung der Partnerschaft durch Tod gelten, ist Erbvertragsform zwingend¹⁰¹.

bb) Soweit Konkubinatspartner gewisse Vermögenswerte in eine Gesellschaft einbringen, nähert sich ihr „partnerschaftsvermögensrechtlicher“ Status insofern einer Gütergemeinschaft, ohne aber von den nach Art. 233 f. ZGB möglichen Haftungsbegrenzungen zu profitieren. Wo umgekehrt Partizipation an „Eigengut“ (vgl. Art. 198 ZGB) beabsichtigt ist, haben diesbezügliche ergänzende Vereinbarungen zu beachten, dass durch Anordnungen von Todes wegen stets nur kontinuierlich-organisch an die lebzeitigen Verhältnisse angeknüpft werden kann: War die Partnerin lebzeitig am Unternehmen des Erblassers nicht (gesellschaftsrechtlich) beteiligt, sondern nur arbeitsvertraglich, so fällt das Unternehmen in den Nachlass und wird erbrechtlich, nicht aber „güterrechtlich“ im Zuge der Liquidation der „Partnerschaftsgesellschaft“ zugewiesen. Abgeltung der Partnerin durch (z. B.) ein fiktives Darlehen (etwa Testament in dem Sinne, „meine Partnerin soll die mir im Zuge der Gründung der X.-AG zur Verfügung gestellten Fr. 50 000 unter Anpassung an den gestiegenen Wert bekommen“, wo ein solches Darlehen nicht effektiv geflossen war), hilft kaum, da es sich um (testamentsformbedürftige!) Schenkung von Todes wegen handeln würde, welche unter Art. 527 ZGB fällt¹⁰²; aus bloßer (selbst unterbezahlter) Mitarbeit in der Firma des Partners lässt sich ohne gesonderte Absprache keine Partizipation am Unternehmen des andern ableiten: In einer „stillschweigend“ geregelten Partnerschaft eine konkludente „ Holding“ zu sehen, welche das Unternehmen des einen Partners hält, steht mit einer „üblichen“ Partnerschaft in klarem Widerspruch¹⁰³.

6. Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

a) Schranke: Pflichtteilsrecht

Rechtsgeschäftsplanerische Gestaltung im Erbrecht hat sich an die zentrale erbrechtliche Schranke – nämlich Pflichtteil bzw. verfügbare

101 Zu den damit verbundenen Fragen vgl. insbesondere vorne, 3. b).

102 Vgl. vorne, 4. c) cc).

103 Vgl. Art. 930 ZGB; Hausheer [Fn. 89], Art. 200 ZGB N 15.

Quote – zu halten. Jegliche Anstrengung, in diesen „Sakralbereich“ zu lasten pflichtteilsgeschützter Erben einzudringen, zieht unweigerlich Reibungsverluste nach sich.

Keine näheren Ausführungen erfolgen hier zur Höhe der verfügbaren Quote; sie ergibt sich aus dem Gesetz (Art. 471 ZGB): Für Nachkommen drei Viertel, für jedes der Eltern und den Ehegatten je die Hälfte des jeweiligen (Art. 457/458 bzw. Art. 462 ZGB) gesetzlichen Erbanspruchs.

Als bekannt sind auch die Testamentsformen (eigenhändiges bzw. öffentliches/notarielles, singular in Notsituation mündliches Testament, Art. 498 ff. ZGB) vorzusetzen.

aa) Enterbungsgründe

Der Pflichtteil lässt sich ausschalten, wenn Enterbungsgründe (Art. 477 ZGB) vorliegen. Vor Illusionen sei gewarnt: Der Pflichtteil gilt als Stütze des Erbrechts¹⁰⁴, und „eine schwere Straftat“ (entscheidend ist die konkrete Schwere mit Bezug auf die familiäre Bindung, nicht die abstrakte strafrechtliche Einordnung) gegen den Erblasser oder eine diesem nahe verbundenen Person wird nicht leichthin angenommen; insbesondere reicht nicht eine „beliebige“ Straftat – nicht nur „gute Menschen“ sind erbfähig –, sondern auch ein Erbe mit erheblichem strafrechtlichem Sündenregister hat Anspruch auf den Pflichtteil, wo die deliktische Tätigkeit nicht eine schwere Verletzung der familienrechtlichen Verpflichtungen bewirkt hat, was nur zurückhaltend angenommen wird¹⁰⁵.

bb) Erbvertrag

(1) Uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit besteht immerhin bei Abschluss eines Erbvertrags, wo nichts heilig ist, sofern nur der Ver-

104 Vgl. hinten, 6. a) cc).

105 Nicht ausreichend unkorrektes geschäftliches Verhalten im gemeinsamen Betrieb mit dem Vater bzw. nachmals als dessen Konkurrent: BGE 52 II 115; auch nicht – im Nachlass der Mutter – eine eigene Todesanzeige des Sohns beim vorverstorbenen Vater, in welcher dieser zum Ärger der Mutter sein Bedauern über dessen in einem Chronischkrankenheim erfolgten Hinschied Ausdruck gab: Pra. 85 (1996) Nr. 51 S. 134; auch nicht eine beim Gartenmäuerchenbau im Zorn fliegende Keramikplatte, welche beim flüchtenden Erblasser Atembeschwerden ausgelöst haben soll (BGer. vom 19.5.2000, 5C.67/1999).

tragspartner willensmängelfrei dem Pflichtteilsverzicht zustimmt, er wird dies kaum gratis tun ... Zudem ist der Erbvertrag trotz wandelbarer Verhältnisse im Prinzip unveränderlich (vgl. Art. 513 f. ZGB) und damit u.U. stabiler als die Verhältnisse, welche er regeln sollte¹⁰⁶.

(2) Wird der Erbvertrag mit lebzeitigen Anordnungen verknüpft, begibt sich der Erblasser zudem bereits lebzeitig eines Teils seines Vermögens. Regelmäßig hat er in einem gewissen Rahmen seine (wirtschaftlichen) Verhältnisse zu offenbaren¹⁰⁷ (wird Maßgebliches verschwiegen, so kann der Erbvertrag nach Art. 519 ZGB wegen Willensmangels vom Verzichtenden angefochten werden), beeinträchtigt in mehr oder minder großem Umfange auch seine weitere Gestaltungsfreiheit (indem der wirtschaftliche Dispositionsrahmen enger wird und je nach Gestaltung des Erbvertrags weitere Geschäfte von Todes wegen oder gar solche unter Lebenden diesem allenfalls zuwiderlaufen: Art. 494 Abs. 3 ZGB). Zudem kommen bei lebzeitigen Transaktionen solcher Art im Nachlass fast zwangsläufig Fragen um Herabsetzung und Ausgleichung¹⁰⁸ auf, was die Nachlassabwicklung regelmäßig beträchtlich erschwert.

cc) Pflichtteil

Der Pflichtteil wird rechtspolitisch noch wenig diskutiert: Es besteht ein Trend zur Eingrenzung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten, der mit Abschaffung des Geschwisterpflichtteils für den Moment abgeschlossen sein dürfte, ebenso wie der Ausbau des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten. Revisionsmöglichkeiten lägen z. B. in Anpassungen an den Wert des Nachlasses (höherer Pflichtteil des überlebenden Gatten bei kleinen Nachlässen, generell geringere Quote aller Pflichtteilsberechtigten bei großen Nachlässen, was z. B. die Zuweisung eines Unternehmens erleichtern könnte), unter den Pflichtteilerben frei verfügbare Quote innerhalb des Pflichtteils (der spanischen *mejora* folgend), oder Abstufung des Pflichtteils danach, ob ein persönliches Naheverhältnis zum Erblasser effektiv bestand (so das österreichische ABGB bei außerehelichen Nachkommen). Der Pflichtteil birgt zwar die Nachteile jeder starren Lösung; indes liegen voraussehbare (und damit zwangsläufig einigermaßen starre) Lösungen in diesem sensiblen

¹⁰⁶ Namentlich bei Konkubinatsbeziehungen, vgl. vorne, 2. b).

¹⁰⁷ Vgl. vorne, 2. e).

¹⁰⁸ Vgl. vorne, 4. c).

Bereich zwischenmenschlicher und wirtschaftlicher Beziehungen im Interesse des Rechtsfriedens: Die Kombination von Anspruchsbegrenzung und Anspruchsgarantie wirkt konfliktmindernd¹⁰⁹.

b) Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten

aa) Die erbrechtlichen Instrumente dürfen als in den Grundzügen bekannt und in den hier interessierenden Rechtsordnungen verwandt vorausgesetzt werden, weshalb im folgenden – nebst einer knappen Rekapitulation der Struktur – vorab die **rechtsgeschäftsplanerischen Vor- und Nachteile** der verschiedenen Lösungen aus der Sicht größerer, unternehmenslastiger und/oder internationaler Nachlässe (als typischen Anwendungsfällen rechtsgeschäftsplanerischen Handlungsbedarfs) zu skizzieren sind.

bb) Der Rahmen der Darstellung ist – neben den „klassischen“ Instituten¹¹⁰ – relativ weit zu ziehen, weil grundsätzlich jeder zulässige Testamentsinhalt dem jeweiligen Gestaltungsziel nutzbar gemacht werden kann. Vorausgesetzt wird im Folgenden, dass überhaupt eine erbrechtliche bzw. im erbrechtlichen Umfeld liegende Lösung evaluiert wurde, während nicht-erbrechtliche Instrumente (z. B. der lebzeitige Verkauf eines Unternehmens bei Fehlen [geeigneter] Nachfolger) außer Betracht bleiben. Der Vollständigkeit halber sei etwa daran erinnert, dass neben den erb- und den ehedüterrechtlichen Instrumenten¹¹¹ mit weiteren **familienrechtlichen Instituten** erbrechtliche Wirkungen ausgelöst werden können: nämlich

(1) **Ausschluss der elterlichen Verwaltung von Kindesvermögen** (Art. 321 Abs. 2 ZGB, auch bezüglich des Pflichtteils: Art. 322 Abs. 1 ZGB)¹¹², insbes. bei der (steuerlich u.U. interessanten) Enkelbegünstigung¹¹³,

(2) **Adoption** (Art. 264 ff. ZGB) bzw. Stiefkindadoption (Art. 264a Abs. 3 ZGB: seit 1.1.2000 fünfjährige Ehedauer erforderlich), wo die

¹⁰⁹ Vgl. *Breitschmid* (Fn. 9), S. 116 ff.

¹¹⁰ Vgl. hinten, 6. c) – k).

¹¹¹ Vgl. vorne, 5. a).

¹¹² Vgl. *Cyril Hegnauer, Der Ausschluss des Pflichtteils des unmündigen Erben von der elterlichen Verwaltung* (Art. 322 ZGB), in: *Festschr. für Frank Vischer*, hrsg. v. Peter Böckli et al., Zürich 1983, S. 19.

¹¹³ Vgl. *Peter Breitschmid*, Kommentar zu Art. 318-327 ZGB, in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I* (Art. 1-456 ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Frankfurt 2002, Art. 321/322 ZGB N 5.

einschlägigen Voraussetzungen (namentlich Art. 264-265a bzw. Art. 266 ZGB bez. Mündigenadoption) vorliegen (die Adoption ist nicht erbrechtliches Planungsinstrument!);

(3) Wahl eines Vormundes für Kinder (Art. 381 ZGB; bei noch jüngeren Ehegatten).

cc) Eine objektive Bewertung der einzelnen Instrumente lässt sich kaum durchführen. *Watter* stellt – im Blick auf Trust- und Stiftungslösungen, aber allgemein gültig – folgende Kriterien auf: „Allgemein gesprochen beeinflussen folgende Faktoren die Wahl zwischen einem Erbvertrag, einem Testament, einem Trust, einer Stiftung oder der Einbringung von Vermögenswerten in eine Gesellschaft: (I) Flexibilität und Stabilität der Konstruktion, (II) Vertrautheit des Kunden mit einer Rechtsform, (III) Kosten (die beispielsweise auch durch eine Buchführungspflicht beeinflusst werden), (IV) Eigentumsverhältnisse, (V) notwendige Dauer, (VI) gerichtliche Zuständigkeit, (VII) Vertraulichkeit und (VIII) Risiko der Beschlagnahme und anderer staatlicher Akte.“¹¹⁴

dd) Die gesetzliche Ordnung kennt ein **Unternehmersondererbrecht** nur (aber immerhin) für den landwirtschaftlichen Bereich (BGBB)¹¹⁵. Die dortigen detaillierten Regelungen über das Gewinnbeteiligungsrecht der Miterben und die Kaufrechte bei Veräußerung durch den Übernehmer binnen bestimmter Fristen (Art. 28 ff. BGBB bzw. Art. 23 f. BGBB) stellen allerdings Lösungen dar, welche wegen der „gesetzlichen Autorität“ eine gewisse Überzeugungskraft auch gegenüber den in die individuelle Nachlassplanung einbezogenen Beteiligten haben. – Zudem sei daran erinnert, dass eine zweckgerechte Auslegung von Art. 613 Abs. 3 ZGB (Zuweisung einer Erbschaftssache gemäß den „persönlichen Verhältnissen der Erben“) selbst bei Fehlen einer individuellen Nachlassplanung ermöglichen würde, dass jener Sohn des Bäckers, der eine Bäckerlehre absolviert hat, die Bäckerei zugewiesen erhält¹¹⁶. – Fraglos wichtiger im vorliegenden Zusammenhang sind nun aber die durch einseitige Anordnung möglichen individuellen Gestaltungsmöglichkeiten:

¹¹⁴ *Watter* (Fn. 57), 249 Rz. 204.

¹¹⁵ Vgl. SR 211.412.11.

¹¹⁶ Vgl. *Lionel Harald Seeberger*, Die richterliche Erbteilung, (Diss. Fribourg) 2. A., Freiburg 1993 (= AISUF 119), S. 224 ff., 320; *Peter Breitschmid*, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: *Praktische Probleme der Erbteilung*, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1997, S. 152 f. (nicht h.L.!).

c) Nacherbschaft und Nachvermächtnis

aa) Mit der Einsetzung eines Nacherben bzw. Nachvermächtnisnehmers (die beiden Varianten sind in ihrer Struktur identisch) kann der Erblasser bereits Anordnungen über das Schicksal der seinen Erben angefallenen Werte in einem späteren Zeitpunkt (in der Regel: in deren Nachlass, Art. 489 Abs. 1 ZGB) treffen. Mit solcher imperativer Begünstigung eines Nacherben durch den ursprünglichen Erblasser ist eine Schlechterstellung des Vorerben verbunden, der in die Stellung eines bloßen Nutznießers gedrängt wird (und sich die Belastung durch eine Nacherbeneinsetzung im Rahmen seines Pflichtteils nicht gefallen lassen muss).

bb) Damit der „Genuss“ des Vorerben nicht zu sehr beeinträchtigt wird, empfiehlt sich, ihn von der **Sicherstellungspflicht** ausdrücklich zu befreien (Art. 490 Abs. 2 ZGB) und – wo gewünscht – eine Nacherbeneinsetzung bloß **auf den Überrest** anzuordnen.

cc) **Gestaltungspotential** birgt die Nacherbeneinsetzung dort, wo die zeitliche „Tiefenwirkung“ im zulässigen (!) und (unter unternehmerischen Gesichtspunkten!) opportunen Rahmen ausgedehnt wird: Es ist nur die einmalige Einsetzung eines Nacherben erlaubt (Art. 488 Abs. 2 ZGB), wobei immerhin bei angemessenem zeitlichem Horizont durch Hinausschieben des Zeitpunkts des Vorerbfalls¹¹⁷ oder mehrfacher Nacherbensubstitution auf gleicher Familienstufe¹¹⁸ eine gewisse „Ausdehnung“ möglich wird¹¹⁹; in der Praxis dürften heute nach meiner persönlichen Einschätzung mit Blick auf Art. 27 f. ZGB allerdings tendenziell nur kürzere „Laufzeiten“ geschützt werden¹²⁰.

dd) **Vorteil** ist die Möglichkeit, mehrere Erben nicht neben-, sondern hintereinander am Nachlass teilhaben zu lassen. – **Nachteilig** ist, dass die gesamte Regelung – inklusive aller erforderlichen (!) Ersatzanordnungen (Art. 487 ZGB) für den Fall des Vorversterbens irgendwelcher Beteiligter – vom Erblasser höchstpersönlich¹²¹ getroffen werden muss und deshalb kaum flexibel auf spätere Entwicklungen eingegangen

¹¹⁷ Dazu im Detail *Piotet* (Fn. 29), § 20 II.: Max. 100 Jahre in analoger Anwendung von 749 Abs. 2 ZGB.

¹¹⁸ Vgl. dazu *Hans Merz*, Mehrfache Nacherbensubstitution auf gleicher Familienstufe?, SJZ 83 (1987) 1-3.

¹¹⁹ Vgl. *Druey* (Fn. 33), S. 12.

¹²⁰ Vgl. hinten, 6. g).

¹²¹ Vgl. hinten, 6. g).

werden kann, was umso wichtiger wäre, je weiter der Nacherbfall hinausgeschoben wird¹²².

d) *Auflagen und Bedingungen*

aa) Auflagen und Bedingungen (Art. 482 ZGB)¹²³ bilden ein vielfältiges, zudem fein austarierbares Gestaltungsinstrument. **Auflagen** sind Anordnungen, die den Belasteten verpflichten, zu bestimmtem Zweck etwas zu tun oder zu unterlassen¹²⁴; die **Bedingung** macht die Verfügung abhängig vom Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses (Art. 151 ff. OR): „Die Bedingung nämlich suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht“¹²⁵. Nicht durchsetzbar – nur moralisch autoritativ – sind Ratschläge und Empfehlungen des Erblassers, wobei zurückhaltende Formulierung bei willensbezogener Auslegung aber durchaus zur Annahme einer Auflage führen kann¹²⁶.

bb) Auflage und Bedingung ermöglichen dem Erblasser, das Verhalten sowohl gesetzlicher Erben wie auch weiterer von ihm Begünstigter in seinem Sinne zu steuern (Auflage) – mithin „Zuckerbrot und Peitsche“ zu kombinieren – bzw. zukünftige Entwicklungen in seine Anordnung einzubeziehen (Bedingung).

cc) **Schranken** sind zu beachten:

(1) So kann zwar die öffentliche Zugänglichkeit der Kunstsammlung, ein Verbot der Veräußerung von Familienerbstücken o.ä. angeordnet werden; nicht explizit geregelt ist aber, über welche **Dauer** eine solche Anordnung wirken darf. Da sich die Auflage an einen bestimmten Adressaten richtet, ließe sich vertreten, dass in Analogie zum Nachvermächtnis¹²⁷ nur ein „Auflage-Nachbelasteter“ vorgesehen werden kann; andernfalls wäre Umdeutung der Auflage in eine Stiftung oder Servitut zu erwägen¹²⁸. Für rein ideelle Anordnungen (etwa Familien-

122 Siehe zu Abgrenzungen Eugen Spirig, Nacherbeneinsetzung und Nachvermächtnis, ZBGR 58 (1977) 198 ff., Thomas Christen, Nacherbfolge aus steuerrechtlicher Sicht, ASA 63 (1994/95) 260 f.

123 Zuletzt BGE 120 II 182.

124 Vgl. BGE 94 II 91.

125 Savigny.

126 Vgl. BGE 88 II 67 („je désire“); BGE 90 II 476.

127 So – zwar nur allgemein – Piotet (Fn. 29), § 23 IV.

128 Vgl. Druey (Fn. 33), § 11 Rz. 35 ff.

erbstücke betreffend) ließe sich m.E. allerdings die Zulässigkeit der Auflage vertreten, ein solches Objekt dem jeweiligen (durch Auflage bestimmten) Nachfolger nur je wieder mit derselben Auflage zu übertragen (womit also das Porträt des Firmengründers bis zum Eintritt faktischer Unmöglichkeit – Brand oder Konkurs – im Chef-Zimmer hängen müsste).

(2) Unzulässig sind jedenfalls **Einschränkungen der Persönlichkeit des Begünstigten** (Art. 27 ZGB: so Verbot der Heirat von Angehörigen einer bestimmten Konfession), heikel solche über seine Lebensgestaltung (zulässig wohl ein Rauchverbot [das aber an Art. 482 Abs. 3 bzw. am Rechtsmissbrauchs-/Schikaneverbot scheitern kann, wenn es dem VR-Präsidenten einer Zigarettenfabrik auferlegt wird]; zulässig die Auflage an den Stradivari-Erben, seinen Kindern Geigenunterricht erteilen zu lassen) oder Beschränkungen der üblichen unternehmerischen Entscheidungsbefugnis über die empfangenen Vermögenswerte (Verbot der Zusammenarbeit mit der Konkurrenz: Druey, Praktische Einsatzmöglichkeiten, 16). Zulässig sind Bedingungen, die an eine Wiederverheiratung gewisse Folgen knüpfen (z.B. zugunsten der gemeinsamen Nachkommen eine über den Pflichtteil hinausgehende Begünstigung entfallen lassen: vgl. aArt. 473 Abs. 3 ZGB)¹²⁹, nicht aber ein (Wieder-)Verheiratsverbot.

(3) Zu beachten ist – handelt es sich um Anordnungen, welche den Erben wirtschaftlich oder gravierend in der freien Lebensgestaltung beeinträchtigen –, dass der **Pflichtteil** in jedem Falle unbeschwert zukommen muss.

dd) Insgesamt ist eine gewisse „**Unverbindlichkeit**“ insbesondere von Auflagen nicht zu übersehen:

(1) Der Eintritt von Bedingungen lässt sich kaum steuern; werden Varianten eingebaut, riskiert die Regelung unübersichtlich und – da immer unvollständig – letztlich **unpraktikabel** zu werden.

(2) Die Durchsetzung von Auflagen hängt ab vom Vorhandensein eines klagewilligen Auflagebegünstigten; unterbleibt die Durchsetzung, ist die Auflage aber **wirkungslos**.

129 Vgl. vorne, 5. a).

e) Teilungsvorschriften und -verbote

aa) Der Erblasser kann durch vielfältige Anordnungen das Vorgehen bei der Teilung bestimmen: **Teilungsvorschriften** (Art. 608 ZGB)¹³⁰ ermöglichen dem Erblasser, testamentarisch Vorschriften über die Teilung an sich und die Zusammensetzung der auf die einzelnen Erben entfallenden Teile zu machen. Da der Pflichtteil nur ein wertmäßiger Anspruch ist, lassen sich bei genügend flexibler Vermögenszusammensetzung (und Ausschöpfung der verfügbaren Quote) u.U. erhebliche Komplexe einzelnen Erben zuweisen. Die Teilungsvorschrift kombiniert mit der Festlegung eines vorteilhaften Anrechnungswerts („S soll die Liegenschaft zum Preis von 50 bekommen“ – bei Verkehrswert von 100) ist als Quotenverhältnis (Teilungsvorschrift mit Bezug auf die Sache, Vorausvermächtnis in Höhe der Wertdifferenz) zu verstehen¹³¹. Es kann also – was oft übersehen wird – der Erblasser den Anrechnungswert nicht in für die Pflichtteilsermittlung verbindlicher Art festlegen.

bb) Erblasserische **Teilungsverbote** widersprechen dem unbedingten Teilungsanspruch jedes einzelnen Miterben (Art. 604 Abs. 1 ZGB), weshalb sie gegen dessen Willen nur im schmalen pflichtteilsfreien Bereich oder als Verwaltungsaufgaben gegenüber minderjährigen Erben (Art. 322 ZGB)¹³² zulässig sind¹³³.

cc) **Teilungsanordnungen** haben die Qualität von Auflagen und **brauchen von den Erben nicht beachtet zu werden**¹³⁴. Sie lassen sich durch privatorische Klausel (Pflichtteilssetzung jener Erben, die sich nicht unterziehen) einigermaßen sichern, effizienter als solche Drohgebärden dürfte allerdings erbvertragliche Einbindung aller Beteiligten sein, die durch ausgewogene, überzeugende Lösungen anzustreben wäre, da eine nur auf Zwang und nicht auch auf Überzeugung gründende Gemeinschaft zwar die auf dem Papier seinerzeit optimal scheinende Lösung durchsetzen, in der Praxis aber wegen Reibungsverlusten fallieren wird.

130 Zuletzt detailliert *Matthias Stein-Wigger*, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 10 (2001) 1135 ff.

131 Vgl. *Armand Maurice Pfammatter*, Erblasserische Teilungsvorschriften, (Diss. Zürich) Zürich 1993 (= Zürcher Studien zum Privatrecht 99), S. 114; hinten, 7.

132 Vgl. vorne, 6. b).

133 Vgl. immerhin auch hinten, 6. g) bez. Dauervollstreckung.

134 Vgl. vorne, 6. d).

f) Nutznießung

aa) **Nutznießung ist im praktischen Ergebnis der Nacherbschaft vergleichbar**¹³⁵. Der Nutznießer hat den laufenden Genuss, während der Nackteigentümer beim Ablauf der Nutznießung (i.d.R. mit dem Tod des Nutznießers, Art. 749 Abs. 1 ZGB, oder nach Zeitablauf, Art. 748 Abs. 2 ZGB) als „Nachbegünstigter“ zum abstrakten Eigentum noch den Nutzen hinzuerlangt.

bb) Ob Nutznießung für den Berechtigten **wirtschaftlich interessant** sei, hängt – nebst den steuerlichen Gesichtspunkten – ab von dessen Überlebensdauer. Selbst dort, wo Nutznießung in diesem Sinne interessant ist, birgt sie wegen der langdauernd aufgeschobenen „Entflechtung“ und wirtschaftlichen Einschnürung der Nutznießungsbelasteten zugleich das höchste Konfliktpotential, weshalb statt Nutznießung eine fixe Rente vorteilhaft sein könnte (zu beachten bleibt die Pflichtteilsverträglichkeit)¹³⁶.

cc) Soll der überlebende Ehegatte durch Nutznießung begünstigt werden, kann nunmehr wenigstens bezüglich des „**Achtel-Streits**“ (ob nämlich nebst der Nutznießung i.S.v. Art. 473 Abs. 1 ZGB dem überlebenden Gatten das Eigentum an einem, zwei oder sogar drei Achteln zugewiesen werden könne)¹³⁷ Entwarnung signalisiert werden: Wie *Tuor/Schnyder/Schmid* und *Stae helin*¹³⁸ ist nun auch der Bundesgesetzgeber ex aequo et bono auf eine verbleibende verfügbare Quote von 1/4 (2/8) eingeschwenkt¹³⁹.

135 Vgl. vorne, 6. c).

136 Vgl. hinten, 6. j).

137 Zuletzt Übersichten bei *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12.A., Zürich 2002, § 59 II. c. 2. β, *Roland Pfäffli*, Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht, SJZ 92 (1996) 5; *Peter Weimar*, Art. 473 ZGB und die disponible Quote, SJZ 95 (1999) 453; *Walter Ott*, Wieviel beträgt die disponible Quote, wenn der Erblasser seinen Ehegatten die Nutznießung im Sinne von Art. 473 ZGB zuweist, AJP 9 (2000) 662.

138 Vgl. *Daniel Stae helin*, Kommentar zu Art. 470-476 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Art. 473 ZGB N 7 ff., insbesondere N 10.

139 Weitere Hinweise bei *Peter Breitschmid*, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 98 (2002) 125 f.; zu Einzelfragen der neuen Regelung *Paul-Henri Steinauer*, L'article 473 du Code civil, ZBGR 84 (2003) 333 ff.

dd) Mitzuberücksichtigen ist bei der Planung des Einzelfalls allerdings vorab auch der **güterrechtliche Aspekt**: Liegt weitgehend Errungenschaft vor, an welcher der überlebende Ehegatte bereits durch güterrechtliche Absprache begünstigt werden kann, rechtfertigt sich kaum nutznießungsmäßige „Verstrickung“ mit den Erben; anders jedoch dort, wo der Unterhalt weitgehend aus Erträgen von Eigengut bestritten wurde und weiterhin bestritten werden muss¹⁴⁰.

ee) Ist Nutznießung möglicherweise wirtschaftlich interessant, so **schränkt** sie doch die **erbrechtliche Gestaltungsfreiheit des Nutznießers ein**, was indes durchaus Ziel der Anordnung sein kann (Verhinderung des Vermögensabflusses aus der Familie bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten).

g) Willensvollstreckung und Verwaltungsanordnungen

aa) Durch Einsetzung eines **Willensvollstreckers**¹⁴¹ kann der Erblasser in gewissem Rahmen nicht nur auf die Abwicklung beim Tod, sondern auch auf die Verhältnisse danach Einfluss nehmen.

bb) **Dauervollstreckung** ist allerdings – da faktisch einem Teilungsverbot entsprechend¹⁴² – nur im pflichtteilsfreien Bereich bzw. gegenüber unmündigen Erben¹⁴³ zulässig, lässt sich aber durch privatorische Klausel in der Regel auch in weiterem Umfang durchsetzen; eine übermäßige Beschränkung von Pflichtteilserben (wo ihnen z. B. die Übertragung des Nachlasses über einen sachlich zu rechtfertigenden Zeitpunkt – z. B. 30. Altersjahr, 10jährige Ehedauer, Geburt eines Enkels – hinaus auf unbeschränkte Dauer verwehrt werden soll) könnte allerdings m.E. mit Rücksicht auf Art. 27 ZGB trotz privatorischer Klausel erfolgreich als sittenwidrig angefochten werden (im Gegensatz zu § 2210 BGB, wonach eine Dauervollstreckung i.S.v.

140 Vgl. Peter Breitschmid, Ehegüter- und Erbrecht – Grenzfragen und Zusammenhänge, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 154; differenzierende Überlegungen statt pauschaler Meistbegünstigung insbesondere auch bei Aebi-Müller (Fn. 50 – Diss.), Rz. 7.39 ff.

141 Dazu zuletzt und umfassend Hans Rainer Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-Amerikanischen Recht, (Habil. Zürich) Zürich 2000; Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Willensvollstreckung, Bern/Stuttgart 2001.

142 Vgl. vorne, 6. e).

143 Vgl. vorne, 6. b).

§ 2209 auf 30 Jahre begrenzt wird, erachten wir aufgrund der schweizerischen Rechtslage nur eine sachlich bestimmte, nicht aber pauschal eine 30jährige Dauer als zulässig), weshalb dem Willensvollstrecker als solchem gegen den Willen der Erben nicht über die Phase des Interregnums (Erbschaftsverwaltung bis zur Teilung) hinaus z. B. die Unternehmens(fort)führung übertragen werden kann; dass willensvollstreckerliche Verwaltung kaum unternehmerische Entscheidungsfreiheit einräumt (dies zumindest aus Perspektive einer gerichtlichen Willensvollstreckeraufsichtsbehörde), ist ebenfalls zu bedenken.

cc) Praktisch darf nicht übersehen werden, dass die Willensvollstreckung eher ein **Instrument der Teilungsvorbereitung und -erleichterung** ist; stiftungsähnliche oder gar unternehmerische Züge müssen durch konkrete testamentarische Anordnungen des Erblassers festgelegt werden, was wegen des Höchstpersönlichkeitsprinzips – das dem Verwaltungsvollstrecker nur geringen Ermessensspielraum belässt – zu einem statisch-konservierenden Korsett führt und nicht eine unternehmerisch-dynamisch-flexible Rahmenordnung zulässt (wo nicht die Qualitäten des Willensvollstreckers die Erben überzeugen); die eher schwache rechtliche Stellung und die aufsichtsbehördliche Überwachung bedingen, dass der Willensvollstrecker sich bezüglich der Nachlassverwaltung nicht als „terminator“ erblasserischer Anordnungen, sondern als Beauftragter der Erben versteht und sich mit diesen ins Einvernehmen setzt¹⁴⁴. Alsdann dürfte das Institut den ihm vom Erblasser zugedachten Zweck erfüllen: Bei Anordnung einer Willensvollstreckung ist die ausgeklügelte rechtliche Ausgestaltung nur beschränkt wirksam – wichtiger ist eine glückliche Hand in der „Personalfrage“.

dd) Zu warnen ist insbesondere davor, einen **exponierten Begünstigten** (oder eine diesem nahestehende Person) als **Willensvollstrecker** einzusetzen in der Meinung, dadurch dessen Stellung gegenüber Pflichtteilserben zu stärken (so die Geliebte, die sich dann mit den Kindern auseinanderzusetzen hätte): Weder bliebe die Nachlassverwaltung in dessen Händen (Art. 554 Abs. 2 ZGB)¹⁴⁵ noch ist damit zu rechnen, dass seine Vorschläge im Rahmen der Teilungsvorbereitung auf positives Echo stoßen.

144 Vgl. Breitschmid (Fn. 116), S. 127, 136 f.

145 Vgl. Claude Wetzel, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, (Diss. Zürich 1984) Zürich 1985, Rz. 281 ff.; ZR 89 (1990) Nr. 104.

ee) Für reine Verwaltungskonflikte unter Miterben bedarf es nicht zwingend „präventiver“ Anordnung einer Willensvollstreckung; ggf. kann einem solchen Konflikt durch gerichtliche Anordnung einer **Erbenvertretung** (Art. 602 Abs. 3 ZGB) begegnet werden, welche in der Praxis (bei Fehlen einer Willensvollstreckung) ohne weiteres angeordnet wird, wo eine ernsthafte Konfliktsituation besteht¹⁴⁶; oft werden Notare u.ä. Amtsstellen mit der Aufgabe betraut, doch können auf entsprechenden Antrag hin und wo sich dies sachlich rechtfertigt gleichermaßen (unabhängige) Treuhänder usf. eingesetzt werden, ohne dass höhere Kosten entstehen würden, als bei Anordnung einer Willensvollstreckung angefallen wären.

h) „Auswahl-“ und „Schiedsklauseln“

aa) Die Willensvollstreckung würde einen gestalterischen Nutzen eigentlich erst erreichen, wenn ein Dritter in gewissermaßen **schiedsrichterlicher Manier** im Nachlass oder gar für die Zeit danach eine gewisse autonome Bestimmungsbefugnis erlangt.

bb) Solches steht aber **mit fundamentalen erbrechtlichen Grundsätzen** – Unmittelbarkeit des Anfalls an die Erben, Höchstpersönlichkeit jeglichen erblasserischen Eingriffs in deren Bestimmungsbefugnis – in **unlösbarem Widerspruch** (wobei allerdings das Höchstpersönlichkeitsprinzip dort, wo der Erblasser im Sinne einer „Rahmennachlassplanung“¹⁴⁷ hinreichende Kriterien festgelegt hat, nicht dogmatisch überstrapaziert werden darf)¹⁴⁸. Ein gewisses sachliches Bedürfnis nach aufgeschobenen Entscheiden, welche nicht nur die Gegebenheiten im Zeitpunkt der Regelung, sondern die Entwicklung bis zum Tod und die dannzumaligen Verhältnisse berücksichtigen, lässt sich allerdings nicht abstreiten. Der Erblasser hat die Möglichkeit, durch sorgfältige

146 Vgl. ZR 84 (1985) Nr. 3; Peter Schaufelberger, Kommentar zu Art. 602-619 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Art. 602 ZGB N 46; zu Unrecht strenger BVR 2002 305 ff.

147 Vgl. vorne, I. a.E.

148 Vgl. Breitschmid (Fn. 7), Art. 498 ZGB N 12-14; Spiro (Fn. 4), S. 259 ff.; strikt nun aber wieder Peter Weimar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III. Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit (Art. 457-480 ZGB), Bern 2000, Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung N 27 ff. (S. 95 ff.).

tige Evaluation der absehbaren Szenarien mittels Auflagen und/oder Bedingungen¹⁴⁹ eine flexible Regelung zu treffen. Das Leben ist jedoch vielfältiger als alle Planung, die zudem riskiert, unübersichtlich zu werden und sich im Gestrüpp von Hypothesen zu verheddern.

cc) Die Kluft kann letztlich nur durch (erbvertraglichen) Einbezug und Motivation der Erben übersprungen werden¹⁵⁰. Zwar würde eine weiterreichende Berücksichtigung auch des bloß hypothetischen Erblasserwillens¹⁵¹ erleichtern, eine „situationsadäquate“ Auslegung zu finden und damit nicht einfach einen wörtlich verstandenen, sondern den effektiven Willen des Erblassers zu realisieren – obwohl sich nun zwar die sich kontinuierlich entwickelnde Auslegungspraxis des Bundesgerichts¹⁵² geöffnet hat, setzt dies allerdings einen Auslegungsstreit voraus, den es eigentlich zu vermeiden gälte. Willigen indes die Erben in eine **Schiedsklausel** ein, welche dem Willensvollstrecker oder (besser, da von Alltagsgeschäft und –sorgen der Nachlassverwaltung losgelöst) einem besonderen Schiedsgericht bezüglich bestimmter Fragen Entscheidungsbefugnis einräumt, so ist Flexibilität und Akzeptanz gesichert¹⁵³. Da der Willensvollstrecker Schwarzgeld gegenüber dem (schweizerischen) Fiskus zu deklarieren hätte und auch hiesige Gerichte gegenüber dem hiesigen Fiskus zur Meldung verpflichtet sind, wenn über un versteuertes Substrat gestritten wird¹⁵⁴, kann sich eine (ausländische) Schiedslösung aufdrängen.

149 Vgl. vorne, 6. d].

150 Vgl. vorne, 2. d].

151 Vgl. dazu Druey (Fn. 33), § 12 Rz. 14 ff. und Breitschmid (Fn. 7), Art. 469 ZGB N 29, je mit weiteren Nachweisen; zuletzt Niccolò Raselli, Erklärer oder wirklicher Wille des Erblassers, AJP 8 (1999) 1262 ff.; vgl. nun BGE 127 III 529; ablehnend aber noch Weimar, (Fn. 148), Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung, N 79 ff. (S. 117 f.); Hans Michael Riemer, recht 2003, 39 f.

152 Siehe den erw. BGE 127 III 529, ferner schon die Aufgabe der „Eindeutigkeitsregel“: ZBJV 131 (1995) 241, BGE 122 III 361, 366 Erw. 4; zur Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäft allgemein sowie das Ergebnis von BGE 124 III 414 und Raselli (Fn. 151), AJP 8 (1999) 1263 f.

153 Zu Schiedsklauseln Burckhardt (Fn. 64), S. 182 f.; Hansjörg Kistler, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, passim; Hans Michael Riemer, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Festschr. für Hans Ulrich Walder, hrsg. v. Isaak Meier, Hans Michael Riemer und Peter Weimar, Zürich 1994, S. 380 ff.; Peter Breitschmid, Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 70 ff.; im Übrigen hinten, II. 10.

154 Vgl. § 121 ZH-StG.

dd) Eine (zulässige) Auswahlklausel liegt sodann auch dort vor, wo einem Begünstigten durch Teilungsanordnung¹⁵⁵ ein **Übernahmerecht im Sinne einer Wahlklausel** eingeräumt wird (der Erblasserwille ist bei konkreter Formulierung der Wahlklausel genügend bestimmt).

i) Gestaltung „neben“ dem Erbrecht: „Vollmachten“ und „Weisungen auf den Todesfall“

Gestaltungen „neben dem Erbrecht“ bieten – wie bereits angedeutet¹⁵⁶ – einen erheblichen Spielraum, um selbst „ausgefallene“ Wünsche des Erblassers zu befriedigen zu versuchen. Es bleibt dann stets den Überlegungen einer Steuerfachperson die Wertung überlassen, ob die steuerlichen Chancen die Risiken rechtfertigen.

aa) *Vollmachten auf den Todesfall und über den Tod hinaus*

(1) Aus erbrechtlicher Sicht ist lediglich einmal mehr zu unterstreichen, dass Vollmachten auf den Todesfall und über den Tod hinaus¹⁵⁷ **keine Sonderrechte der Träger** begründen: Qua Universalsukzession wird die Erbgemeinschaft zur neuen Geschäftsherrin und erwirbt die Rechte des Erblassers als Vollmachtgeber. Jeder einzelne (!) Miterbe kann die Vollmacht widerrufen, da deren Fortbestand Einstimmigkeit der Rechtsnachfolger voraussetzt¹⁵⁸. Kein Sonderrecht hat vor allem der Bevollmächtigte, der um den Tod des Erblassers weiß und ihm bekannte Erben nicht über seine Vertretungsmacht aufklärt¹⁵⁹; jeden-

155 Vgl. vorne, 6. e).

156 Vgl. vorne, 4. b).

157 Vgl. vorne, 4. b) gg); zuletzt *Thomas Geiser*, Über den Tod hinaus wirksame Vollmacht und wirksamer Auftrag, in: *Temi scelti di diritto ereditario*, Basel/Genf/München 2002, S. 21 ff.

158 Vgl. *Paul Piotet*, Un des héritiers ou autres communistes peut-il révoquer la procuration donnée par tous?, SJZ 90 (1994) 1; *Zobl (Fn. 62)*, AJP 10 (2001) 1008; *ZR 97 (1998) 74* Erw. 6.c a.E. Nr. 24 m.w.N. (insbesondere bezüglich Prozessvollmacht).

159 Zwar streitig, ob dies geboten sei: *Roger Zäch*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung (Art. 32-40), Bern 1990, Art. 35 OR N 58 ff., N 62; Gutglaubenproblematik bei der Bank: Zwar wird sie wegen des Bankgeheimnisses nicht aktiv „Erbenermittlung“ betreiben und hat auch nicht Pflicht zur Nachforschung, muss sich aber allfälliges Wissen um den Tod des Erblassers und die damit bezüglich einer bestehenden Bevollmächtigung eingetretene „Destabilisierung“ aufgrund von Art. 3 ZGB wohl anrechnen lassen; s. *Maurice Aubert/Jean Philippe Kernen/Herbert Schönle*, *Le secret bancaire*, 3. A., Bern 1995, S. 310, sowie

falls hat der Bevollmächtigte in dieser Situation ausschließlich die Rechte der Erben zu wahren, da er eben nicht (testamentarisch eingesetzt) Willensvollstrecker, sondern nur Bevollmächtigter ist¹⁶⁰.

(2) Ganz besonders gilt dies für die **sowieso heiklere Vollmacht auf den Todesfall**¹⁶¹, die in der Bankpraxis wegen des erheblichen Missbrauchspotentials und der dürftigen Rechtfertigung (wieso soll nach dem Tod handeln dürfen, wer vor dem Tod nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers nicht handeln darf?) mit Recht gemieden wird¹⁶². Zu Zurückhaltung bzw. strikter Beschränkung auf Verwaltungsvorkehren ist auch privaten Vermögensverwaltern zu raten! – Soweit in Österreich die Rechtsnatur des Auftrags auf den Todesfall diskutiert worden war, wird heute dafür einhellig erbrechtliche Form gefordert¹⁶³.

(3) Der von *Sieber*¹⁶⁴ skizzierte Ausweg einer (ggf. teilweisen) lebzeitigen „Auslagerung“ des Vermögens in eine **Stiftung** oder namentlich einen **Trust**, welche „*confidentiality, continuity, flexibility and certainty*“ vermitteln sollen (indem Stiftungsräte oder Trustees auch nach dem Tode als Folge der Vermögensverselbständigung weiterhin Weisungen des Erblassers zu folgen und diese ggf. situationsgerecht fortzu-

Maurice Aubert, Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à l'égard des héritiers, SJ 113 (1991) 285 ff.

160 Siehe zum Ganzen im Anschluss an jüngere Entscheide des deutschen BGH auch *Wolfgang Schultz*, Widerruf und Missbrauch der postmortalen Vollmacht bei der Schenkung unter Lebenden, NJW 48 (1995) 3345 ff.

161 Vgl. *Zäch (Fn. 159)*, Art. 35 OR N 48 f., recht weitherzig; *Zobl (Fn. 62)*, AJP 10 (2001) 1009.

162 Vgl. *Werner de Capitani*, Vorkehren im Hinblick auf den Tod des Bankkunden, in: *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, hrsg. v. Peter Forstmoser, Bern 1976, S. 67 ff., insbesondere 81 f.; *Aubert/Kernen/Schönle (Fn. 159)*, S. 326 f., 364; *Claudia Sieber*, Trust and Foundation versus Post Mortem Power of Attorney, ST 72 (1998) 242 f.; differenzierend nun *Ulrike Seif*, Die postmortale Vollmacht, AcP 200 (2000) 192 ff., welche die fremdnützige Verwaltungsvollmacht als abwicklungserleichterndes Instrument vereinfachter Legitimation sieht.

163 Vgl. *Graziella Marok*, Die privatrechtliche liechtensteinische Anstalt unter besonderer Berücksichtigung der Gründerrechte, (Diss. Zürich) Zürich 1994 (= Schweizer Schriften zum Bankrecht 22), S. 191 f.; ebenso für das liechtensteinische Recht *Peter Marxer*, Mandatum post mortem – Auftrag auf den Todesfall und Todesvollmacht im liechtensteinischen Recht, (Diss. St. Gallen) St. Gallen 1996.

164 Vgl. *Sieber (Fn. 162)*, ST 72 (1998) 242 f.

entwickeln haben), vermeidet zwar die Probleme der erst auf den Tod wirkenden Vollmacht, ist aber ihrerseits nichts anderes als eine lebzeitige Vermögensentäußerung, welche vor Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB standzuhalten hat¹⁶⁵ und von Aufwand und strukturellen Kosten her nur für besondere Verhältnisse geeignet ist.

bb) Weisungen auf den Todesfall

Weisungen auf den Tod sind **rechtlich unverbindlich** und nur soweit zu beachten (aber auch durchsetzbar), als sie persönlichkeitsrelevante Gesichtspunkte (sog. „EXIT-Verfügungen“, Bestattungsanordnungen etc.)¹⁶⁶ betreffen; vermögensrechtliches Gestaltungspotential kommt ihnen nicht zu, was immerhin nicht hindern soll, dass Erben übereinstimmend einen bloß mündlich geäußerten Wunsch des Erblassers aus Pietät respektieren (wobei das Risiko erheblich ist, dass solches – soweit es sich nicht um wohltätige Zuwendungen oder übliche Trinkgelder handelt – steuerlich als Querschenkung betrachtet werden kann, da die Rechtslage aus Sicht der Steuerbehörden an sich nicht „zweifelhaft“ – bzw. Pietät steuerlich unerheblich – ist)¹⁶⁷.

j) Versicherungs- und vorsorgerechtliche Lösungen

aa) „Neben“ dem Erbrecht steht auch die (immerhin gesetzlich verankerte)¹⁶⁸ **versicherungsrechtliche Begünstigung**¹⁶⁹. Soweit in diesem Feld Ansätze bestehen, das Pflichtteilsrecht umgehen zu können (so mit der temporären Todesfallversicherung ohne Rückkaufswert)¹⁷⁰, sei an das Risiko der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB erinnert¹⁷¹; zusätzliche Anhaltspunkte ergeben sich aus der güterrecht-

lichen Behandlung von Versicherungsansprüchen¹⁷². Versicherungslösungen eignen sich daher kaum, um gegen den Willen von Miterben einzelne derart zu bevorzugen, dass ihnen z. B. die Übernahme eines Unternehmens erleichtert würde; andererseits lässt sich so durch Rentenlösungen der überlebende Ehegatte unabhängig vom Geschäftsgang und ohne nutznießungsimmanente permanente Verflechtung¹⁷³ absichern.

bb) Generell schafft das **Vorsorgesystem** einen Trend zu lebzeitiger Vermögensausscheidung mit gewisser Perpetuierungswirkung (so insbes. das Vorsorgesparen im Rahmen der Säule 3a)¹⁷⁴, die indes nicht über den Generationenwechsel hinaus anhält bzw. (soweit Säule-3a-Ersparnisse betreffend) erbrechtlich im Prinzip den üblichen Regeln und Gestaltungsmöglichkeiten folgt¹⁷⁵. Soweit im Rahmen der 2. Säule (berufliche Vorsorge) Hinterbliebenenleistungen ausgerichtet werden, bilden diese zwar nicht einen erbrechtlichen Anfall, aber eine wirtschaftliche Besserstellung der Destinatäre, die bei der Nachlassplanung durchaus mit zu berücksichtigen ist. Es bleibt in diesem Bereich allerdings Verschiedenes unscharf bzw. unbefriedigend, so die von der FZV vorgenommene Einschränkung des Begünstigtenkreises und insbesondere der Ausschluss erblasserischer Begünstigung von Testaterben¹⁷⁶, was individuelle Rechtsgeschäftsplanung erheblich erschwert.

165 Vgl. vorne, 4. b) gg) (2) (d); auch E Art. 527 Abs. 2 bei *Luc Thévenoz*, *Trusts en Suisse/ Trusts in Switzerland*, Zürich 2001, S. 342 und dort 54 f. bzw. 219 f.

166 Vgl. vorne, 2. e). und 4. b) gg).

167 Vgl. *Felix Richner/Walter Frei*, *Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz*, Zürich 1996, § 4 ZH-EschStG N 109 ff.

168 Vgl. Art. 78 und Art. 85 VVG.

169 Vgl. vorne, 4. b) cc) und dortige Hinweise.

170 Vgl. *Arnold Escher*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. A., Zürich 1959; Art. 476 ZGB N 4, aus Versicherungssicht a.M. *Moritz Kuhn*, *Der Einfluss der Renten- und reinen Risikoversicherungen auf die Pflichtteilsbestimmungen des Erbrechtes*, SVZ 67 (1989) 204.

171 Vgl. *Breitschmid* (Fn. 140), S. 156; s. dazu nun det. *Alfred Reber/Thomas Meili*, *Todesfalleistungen aus beruflicher Vorsorge und Pflichtteilsschutz*,

SJZ 92 (1996) 117 ff., 121 bzw. die Ergänzung betr. UVG von *Willi Kleeli*, *Todesfalleistungen aus über- und außerobligatorischer Vorsorge und Pflichtteilsschutz*, SJZ 92 (1996) 200; *Benno Studer*, *Die Teilung in der Praxis*, in: *Probleme der erbrechtlichen Teilung*, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1996, S. 98 ff.; *Stahelin* (Fn. 138), Art. 476 ZGB N 13, 27.

172 Siehe dazu *Hausheer/Reusser/Geiser* (Fn. 92), Art. 197 ZGB N 50 ff., insbesondere N 70 ff., und Art. 207 N 24 ff. betr. die güterrechtliche Zuordnung, Art. 211 ZGB N 21 zur Bewertung.

173 Vgl. vorne, 6. f).

174 Vgl. etwa zur BVV 3 *Thomas Koller*, *Privatrecht und Steuerrecht*, (Habil. Bern) Bern 1993, S. 216; *ders.*, *Sind Ansprüche von Hinterbliebenen aus der beruflichen Vorsorge des Verstorbenen erbrechtlich relevant?*, Jusletter 2.6.2003.

175 Vgl. *Thomas Koller*, *Privatrecht und Steuerrecht – ein erschöpftes Thema?*, ZBJV 131 (1995) 112.

176 Vgl. *Thomas Koller*, *Die neue Begünstigtenordnung bei Freizügigkeitspoliceen und Freizügigkeitskonti – ein verkannter Handlungsbedarf in einem Milliardengeschäft?*, AJP 4 (1995) 741 f.; BGE 129 III 305, dazu *Besprechungen: Thomas Koller*, Jusletter 2.6.2003; *Regina Aebi-Müller*, ZBJV 139 (2003) 511 ff.; *Paul Eitel*, *Aktuelle Anwaltspraxis* 2003 104 f.

k) IPR-Lösungen: Rechtswahl

Im zweiten Teil dieser Arbeit ausführlich behandelt und nur der Vollständigkeit halber angemerkt sei hier, dass – wo ein internationaler Sachverhalt es ermöglicht (Art. 90 und 91, je Abs. 2 IPRG) – die Rechtswahl eine breite Palette von Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, auf die hier nur hingewiesen werden kann¹⁷⁷.

7. Das Problem der Bewertung

a) Ob eine Liegenschaft, Kunstgegenstände, sonstige Sachwerte oder ein Unternehmen durch lebzeitige Übergabe oder mittels güter- oder erbrechtlicher Vorkehren einem Nachfolger zugewiesen wird: stets stellt sich das **Problem der Bewertung**. Die letztlich ökonomische Frage nach der „richtigen“ Bewertungsmethode kann hier nicht geklärt werden¹⁷⁸.

b) Einerseits sieht das Gesetz sowohl güterrechtlich (Art. 211 ZGB) wie erbrechtlich (Art. 617 ZGB) das **Verkehrswertprinzip** und damit ein objektives Kriterium vor, weshalb der Erblasser den für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen Wert (Art. 474 ZGB) nicht beliebig festlegen kann¹⁷⁹.

c) Andererseits darf nicht übersehen werden, dass die ökonomisch-betriebswirtschaftlich „richtige“ Bewertung **keine reine Mess-, sondern Bewertungs- und Gutachterfrage** ist und das Resultat demnach notwendig in einem mehr oder minder breiten Streubereich liegt. Wenn dies

177 Siehe näher *Thomas Buschor*, Nachlassplanung („estate planning“) nach schweizerischem internationalem Erbrecht, (Diss. Zürich) Zürich 1994 (= Zürcher Studien zum Privatrecht 111); im Verhältnis insbesondere zu Deutschland vgl. *Hans Peter Schömmel/Klaus Bauer*, Internationales Erbrecht Schweiz, München 2001; im Verhältnis zu Italien vgl. *Gerardo Brogini*, Le successioni nei rapporti italo-svizzeri, con particolare riguardo alla competenza di autorità svizzere e italiane per la pubblicazione di testamenti e per emanare provvedimenti conservativi, in: *Temi scelti di diritto ereditario*, Basel/Genf/München 2002, S. 143-196.

178 Siehe näher *Jean Nicolas Druey*, Die Bewertung von Vermögensobjekten im ehelichen Güterrecht und im Erbrecht, in: *Festschr. für Cyril Hegnauer*, hrsg. v. Hans Michael Riemer, Hans Ulrich Walder und Peter Weimar, Bern 1986, passim; *Bär* (Fn. 91), S. 196-198; *Hausheer* (Fn. 89), Art. 211 ZGB; zuletzt *Etienne Schön*, Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, (Diss. Zürich) Zürich 2000 (= SSHW 196).

179 Vgl. vorne, 5. e).

allen Beteiligten bewusst und bei diesen „unternehmerisches Denken“ vorhanden ist¹⁸⁰, besteht durchaus Aussicht, den letztlich unlösbaren Bewertungsstreit zu vermeiden oder allenfalls durch Schiedsgutachten entscheiden zu lassen; in gerichtlichen Verfahren wird sich nämlich regelmäßig nur ein langjähriger Streit, aber keine den Gutachten überlegene Lösung ergeben, da gewisse Differenzen zwischen anerkannten und sachlich geeigneten Bewertungsmethoden hinzunehmen, vom staatlichen Richter jedenfalls kaum aus eigener Erkenntnis zu überwinden sind.

d) Mit Nachdruck zu unterstreichen ist allerdings, dass sich in der Bewertungsfrage gegen den Willen eines (unvernünftigen) Miterben keine (einvernehmliche) Lösung ergibt; allerdings müsste es unter „zivilisierten“ und nicht primär den Nachlass „kannibalisierenden“ Nachlassbeteiligten möglich sein, sich zum Entscheid von Bewertungsfragen auf ein **Schiedsgutachten** zu einigen, da letztlich meist alle auf die Ermittlung eines fairen Preises angewiesen sind.

II. Internationales Erbrecht¹⁸¹

a) Die nationalen Erbrechtsordnungen in Europa (und noch vielmehr des common law und civil law) sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Die Kollisionsregeln des Internationalen Erbrechts können zwar viele Fälle regeln, aber es bleiben eine ganze Anzahl von Konfliktfällen. Deshalb sind Anstrengungen für eine **Rechtsvereinheitlichung** bzw. eine Harmonisierung des Rechts zu begrüßen, wie sie etwa von der Haager Konferenz, von Unidroit oder vom ersten Europäischen Kongress „Hereditary Relations and Testament Law in the European Union“ ausgehen¹⁸².

b) Die **nachfolgenden Ausführungen** sind zwar allgemeiner Natur, aber in vielen Teilen (entsprechend dem Einzugsgebiet des DACH) doch hauptsächlich auf die Länder **Deutschland, Österreich und Liechtenstein** zugeschnitten.

180 Vgl. vorne, 2. d).

181 Grundlegend für viele Länder *Murad Ferid/Karl Firsching/Heinrich Dörner/Rainer Hausmann* (Hrsg.), Internationales Erbrecht (Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten), München 1955 ff.

182 Vgl. *Stefan Edenfeld*, Europäische Entwicklungen im Erbrecht, ZEV 8 (2001) 461 ff.

c) Im Internationalen Erbrecht werden als Anknüpfungspunkte für die Zuständigkeit und das anwendbare Recht der Wohnsitz, die Staatsangehörigkeit und die Belegenheit des Vermögens verwendet. Als **Planungsinstrumente** werden deshalb unter anderem die Wohnsitzverlagerung, der Erwerb bzw. die Aufgabe von Staatsangehörigkeiten und die Verschiebung des mobilen bzw. die Strukturierung des immobilien Vermögens verwendet¹⁸³.

1. Örtliche Zuständigkeiten

a) *Aufgrund des IPRG*¹⁸⁴

aa) *Prinzip der Nachlassseinheit*

Das IPRG geht vom Prinzip der Nachlassseinheit aus¹⁸⁵ und regelt die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und Gerichte sowohl für das **Nachlassverfahren** (Eröffnungszuständigkeit), als auch für die **erbrechtlichen Klagen** (Klagezuständigkeit).

bb) *Vorsorgliche Maßnahmen*

Die Nachlassseinheit gilt sowohl für das Hauptverfahren als auch für vorsorgliche Maßnahmen (Art. 10 und Art. 89 IPRG)¹⁸⁶, und zwar

183 Vgl. Harald Plewka/Christoph Watrin, Steuerliche Strukturierung internationaler Vermögensnachfolgen, ZEV 9 (2002) 253 ff.

184 Zur Charakteristik des IPRG vgl. Fritz Sturm, Zur Reform des internationalen Familien- und Erbrechts in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 31 (1984) 744 ff.

185 Vgl. Anton K. Schnyder, Kommentar zu Art. 86-96 IPRG, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Anton K. Schnyder, Basel/Frankfurt 1996, Art. 86 IPRG N 5.

186 Als sichernde Maßnahmen zu nennen sind etwa: Siegelung (Art. 552 ZGB), Inventar (Art. 553 ZGB) und öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB); vgl. dazu allgemein BGer. vom 21. November 1995, zit. von Bernard Dutoit, Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps: Dix ans de LDIP, SZIER 10 (2000) 294, es ist umstritten, ob auch die Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB) dazu gehört, vgl. BGer. SJ 124 (2002) I 368, dies wird in Rep. 1995, 156 Nr. 30, für den Erbschaftsverwalter und in Rep. 1996, 156 Nr. 45, für die Ausstellung eines Willensvollstreckerausweises und den Erbenvertreter verneint; zu Sicherungsmaßnahmen nach Art. 598 Abs. 2 ZGB vor Inkrafttreten des IPRG vgl. BGE 122 III 213 = SJ 118 (1996) 680.

unabhängig davon, ob diese nun auf Antrag oder von Amtes wegen erlassen werden¹⁸⁷.

cc) *Besondere Zuständigkeiten*

(1) Wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen **Wohnsitz in der Schweiz**¹⁸⁸ hatte, sind die schweizerischen Behörden und Gerichte zuständig (Art. 86 Abs. 1 IPRG)¹⁸⁹. Dies gilt unabhängig von der Staatsbürgerschaft und unabhängig davon, wo sich die Nachlasswerte befinden¹⁹⁰, es sei denn der ausländische Staat beanspruche die Zuständigkeit für dort gelegene Grundstücke (Art. 86 Abs. 2 IPRG)¹⁹¹. Nach *Heini* soll die Wohnsitzzuständigkeit dann ausnahmsweise nicht zum Zug kommen, wenn dies die Nachlassseinheit gefährden würde, etwa weil ein Erbe in Deutschland gestützt auf die Wahl des Heimatrechts durch den Erblasser bereits einen Erbschein beantragt hat¹⁹².

187 Vgl. Anton Heini, Kommentar zu Art. 86-96 IPRG, in: IPRG-Kommentar, hrsg. v. Anton Heini, Max Keller, Kurt Siehr, Frank Vischer und Paul Volken, Zürich 1993, Art. 89 IPRG N 2.

188 Der Wohnsitz wird nach Art. 20 IPRG bestimmt, vgl. EGV SZ 1990, 14, wenn der Erblasser keinen Wohnsitz hatte, in der Schweiz aber den gewöhnlichen Aufenthalt, genügt dies für die Anknüpfung, vgl. Schnyder (Fn. 185), Art. 86 IPRG N 4; Florian Marxer, Das internationale Erbrecht Liechtensteins – Ein Vergleich mit dem österreichischen und schweizerischen Recht, (Diss. Zürich) Vaduz 2002, S. 145.

189 Vgl. BGer. SJ 124 (2002) I 366: Die Schweiz ist zuständig für den Nachlass einer Französin mit Wohnsitz in Genf, welche in Paris verstorben ist; OGer. ZH vom 25.9.2001, hinten, III 2. a): Wenn im Zeitpunkt der Testamentsöffnung der Lebensmittelpunkt unklar ist, wird die Zuständigkeit dennoch angenommen; Reto Diggelmann/Burkhard J. Wolf, Erbgang und Nachlassabwicklung nach dem neuen internationalen Privatrecht der Schweiz, Praetor 1988/89, S. 71.

190 Vgl. PKG 1991, Nr. 56; ZR 89 (1990) Nr. 4 Erw. 2.

191 Dies trifft zu auf Frankreich, die USA, Kanada, UK und viele andere Staaten des common law, nicht aber auf Deutschland, vgl. Kurt Siehr, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, § 9 II 1 b; weiter vgl. Anton Heini, Der Grundsatz der Nachlassseinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz, Festschr. für Cyril Hegnauer, hrsg. v. Hans Michael Riemer, Hans Ulrich Walder und Peter Weimar, Bern 1986, S. 191; Franz Hasenböhler, Das Familien- und Erbrecht des IPRG, in: Das neue Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, Zürich 1990, S. 57: „Gründe der Effektivität gebieten hier Rücksichtnahme auf den Belegenheitsstaat“.

192 Vgl. Anton Heini, Die Bedeutung des Grundsatzes der Nachlassseinheit für die internationale Zuständigkeit in Nachlasssachen, in: Festschr. für Hans Ulrich Walder, hrsg. v. Isaak Meier, Hans Michael Riemer und Peter Weimar, Zürich 1994, S. 337.

Beispiele: Der Nachlass eines deutschen Erblassers mit letztem Wohnsitz in der Schweiz wird hier eröffnet und es können der Erbschein beantragt und die Herabsetzungsklage angestrengt werden. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit Frankreichs für ein Grundstück an der Côte d'Azur. Rein rechnerisch wird dieses Grundstück aber dennoch in die Erbteilung einbezogen¹⁹³.

(2) Wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hat¹⁹⁴, sind dennoch die schweizerischen Behörden und Gerichte (am Heimatort)¹⁹⁵ zuständig, wenn der Erblasser (auch)¹⁹⁶ schweizerischer Staatsangehöriger ist und (a) durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den ganzen Nachlass oder das in der Schweiz gelegene Vermögen der schweizerischen Zuständigkeit (professio fori) oder (b) dem schweizerischen Recht (professio iuris) unterstellt hat (Art. 87 Abs. 2 IPRG) oder (c) wenn sich die ausländischen Behörden und Gerichte (am Wohnsitz)¹⁹⁷ sich nicht um den Nachlass kümmern (Art. 87 Abs. 1 IPRG)¹⁹⁸. Letzteres ist unter Umständen schwer zu beweisen¹⁹⁹. Man könnte in diesem Zusammenhang von einem „umgekehrten Gleichlaufgrundsatz“ sprechen²⁰⁰.

193 Vgl. *Laurent Kilias*, Praktische Erfahrungen mit dem schweizerischen IPRG, Teil 1: Internationales Zivilprozessrecht, Erbrecht und Vertragsrecht, Praktische Erfahrungen mit den IPR-Gesetzen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Wien 1995, S. 93.

194 Der Erblasser hat den Wohnsitz im Ausland oder er hat keinen Wohnsitz, vgl. *Andreas Bucher*, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes et de la famille, SZIER 2 (1992) 216; *Schnyder* (Fn. 185), Art. 87 IPRG N 8.

195 Bei mehreren Heimatorten ist der zuerst angerufene zuständig, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 87 IPRG N 2 und 20.

196 Vgl. Art. 23 Abs. 1 IPRG.

197 Diese Einschränkung wird von *Schnyder* (Fn. 185), Art. 87 IPRG N 7, gemacht, von anderen Autoren dagegen nicht, vgl. etwa *Paul Volken*, Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 51 (1990) 3 f.

198 Dies ist auch der Fall, wenn sich ein ausländischer Staat nicht mit dem in der Schweiz befindlichen Teil des Nachlasses beschäftigt, vgl. *Hasenböhler* (Fn. 191), S. 57 Fn. 38.

199 Vgl. *Andreas Bucher*, Das neue internationale Erbrecht, ZBGR 69 (1988) 150 f., welcher darauf hinweist, dass die im Ausland geltenden Verfahrensgrundsätze sich vom schweizerischen Recht stark unterscheiden können.

200 Vgl. *Stephan Lorenz*, Disharmonie im deutsch-schweizerischen internationalen Erbrecht – Koordinationsmittel für die notarielle Praxis, DNotZ 44 (1993) 151: „Während das deutsche Recht die internationale Zuständigkeit an das anwendbare Recht knüpft (s. sog. Gleichlaufgrundsatz), folgt im

(a) Die Heimatzuständigkeit kommt etwa zur Anwendung, wenn jemand seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben hat und im Ausland keinen Wohnsitz begründet, etwa auf den Weltmeeren herumsegelt. Schwierig sind die Fälle von kurzen Aufenthalten an verschiedenen Orten (z. B. 6 Monate), bei denen nicht klar ist, ob es sich nur um einen Aufenthalt handelt, oder ein oder mehrere neue Wohnsitze begründet wurden. Fraglich ist zudem, ob Art. 20 Abs. 2 IPRG in diesem Zusammenhang anwendbar ist, wonach bei fehlendem Wohnsitz der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes tritt²⁰¹.

(b) Der im Ausland (oder nirgends)²⁰² wohnhafte Erblasser kann das in der Schweiz gelegene Vermögen oder den ganzen Nachlass (allerdings unter Vorbehalt von Art. 86 Abs. 2 IPRG [Grundstücke]) in einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag der schweizerischen Zuständigkeit unterstellen (Art. 87 Abs. 2 IPRG). Dies bewirkt, dass (unter Vorbehalt einer anderen Anordnung) auch das materielle schweizerische Erbrecht zur Anwendung kommt (Art. 91 Abs. 2 IPRG). Diese Wahl des Erblassers muss im Wortlaut der Erklärung klar zum Ausdruck kommen²⁰³, weil es sich – im internationalen Vergleich – um eine ungewöhnliche Anordnung handelt²⁰⁴.

Beispiele: Wenn ein Schweizer in Italien verstirbt, stellt Italien auf die Staatsangehörigkeit ab (Abs. 2) und erklärt sich für den Nachlass unzuständig (Abs. 1); Deutschland stellt ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit ab (Abs. 2), wickelt den Nachlass aber am letzten deutschen Wohnort des Erblassers ab (kein Fall von Abs. 1)²⁰⁵.

schweizerischen Recht bei der Beerbung von Auslands-Schweizern das anwendbare Recht der internationalen Zuständigkeit.“

201 Vgl. dazu *Schnyder* (Fn. 185), Art. 87 IPRG N 8; *François Bohnet/Simon Othenin-Girard*, Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFORS à Shod Spassky, Camille Fischer et Philippe Schweizer, SJ 123 (2001) II 152 f.

202 Vgl. *Ivo Schwander*, Zuständigkeitsfragen, in: Internationales Erbrecht, Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen vom 9. November 2001, St. Gallen 2001, S. 15.

203 Vgl. Art. 91 Abs. 2 IPRG. „ausdrücklich“

204 Vgl. *Schwander* (Fn. 202), S. 15.

205 Vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 II 2 a; Art. IV Protokoll vom 1.5.1869 betreffend die Vollziehung der am 22.7.1868 in Bern und in Florenz zwischen der Schweiz und Italien abgeschlossenen und unterzeichneten Verträge und Übereinkünfte – (SR O. 142.114.541.1).

(3) Wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hat²⁰⁶, und er auch nicht schweizerischer Staatsangehöriger ist²⁰⁷, so sind die schweizerischen Behörden und Gerichte (für Grundstücke und z.T. auch für Mobilien)²⁰⁸ am **Lageort** zuständig, wenn sich die ausländischen Gerichte und Behörden²⁰⁹ nicht damit befassen (Art. 88 Abs. 1 IPRG)²¹⁰. Innerhalb der Schweiz ist diesfalls die zuerst angerufene Stelle (Behörde/Gericht) zuständig²¹¹.

(4) Im Gesetz nicht vorgesehen ist die Möglichkeit, dass der Erblasser, der in der Schweiz wohnt und nicht schweizerischer Staatsangehöriger ist (in Anlehnung an Art. 87 Abs. 2 IPRG – Schweizer im Ausland) seinen Nachlass der Heimatzuständigkeit unterstellt. Dies wird in der Lehre aber zugelassen²¹², insbesondere für einen in der Schweiz lebenden Liechtensteiner²¹³.

dd) Weitere, allgemeine Gerichtsstände

Weitere allgemeine Gerichtsstände können sich ergeben aufgrund von²¹⁴:

- (1) Art. 4 IPRG (Arrestprosequierung)²¹⁵
- (2) Art. 5 IPRG (Gerichtsstandsvereinbarung)
- (3) Art. 6 IPRG (Einlassung)
- (4) Art. 7 IPRG (Schiedsvereinbarung)

206 Der Erblasser hat den Wohnsitz im Ausland oder er hat keinen Wohnsitz, vgl. *Bucher* (Fn. 194), SZIER 2 (1992) 216.

207 Nach *Schwander* (Fn. 202), S. 13 f., sollte diese Bestimmung auch auf Doppelbürger Anwendung finden, wenn Vermögenswerte in der Schweiz liegen und sich Schwierigkeiten mit der Handhabung des Nachlasses ergeben.

208 Eine Zuständigkeit für Mobilien kann entstehen, wenn ein Staat diese dem *forum rei sitae* zuweist, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 88 IPRG N 2.

209 Wohnsitz- oder Heimat-Gerichte und -Behörden.

210 Vgl. ZR 89 (1990) Nr. 4; ZR 90 (1991) 289 Nr. 89; wenn die Untätigkeit der Wohnsitzbehörde darauf beruht, dass die Erben ihr das Vorhandensein von Vermögen verschwiegen haben, wäre es missbräuchlich, sich auf Art. 88 Abs. 1 IPRG zu berufen; der Lageort von Grundstücken war auch vor Inkrafttreten des IPRG kein allgemein anrufbarer Gerichtsstand, vgl. BGE 117 II 26 Erw. 3.

211 Vgl. Art. 88 Abs. 2 IPRG.

212 Vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 87 IPRG N 16; *Bernard Dutoit*, Droit International Privé Suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Basel/Frankfurt 1996, Art. 87 IPRG N 6.

213 Vgl. *Marxer* (Fn. 188), S. 138.

214 Vgl. *Volken* (Fn. 197), BN 51 (1990) 3.

215 Vgl. SJ 116 (1994) 512; RVJ 2003, 178 (Arrest auf unverteilter Erbschaft).

Durch Arrestprosequierung kann ein Gerichtsstand „künstlich“ kreiert werden²¹⁶, weshalb dieser Gerichtsstand zurückhaltend verwendet werden sollte²¹⁷. Eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 5 IPRG) gilt zunächst nur unter den Erben. Wenn das Urteil auch Dritte betrifft, kann es sein, dass sich diese eine solche Vereinbarung nicht entgegenhalten lassen müssen²¹⁸. Dasselbe gilt für eine Einlassung (Art. 6 IPRG) und ein Schiedsgericht [Art. 7 IPRG]²¹⁹.

b) Aufgrund von Staatsverträgen

aa) Die Zuständigkeit für erbrechtliche Verhältnisse wird in **Zuständigkeits- und Vollstreckungsabkommen** geregelt²²⁰. Der Staatsvertrag mit den USA²²¹ sieht in Art. VI für Klagen einen Gerichtsstand am Lageort der Immobilie und am Lageort der Mobilien (= Wohnsitz des

216 Vgl. dazu *Bucher* (Fn. 194), SZIER 6 (1996) 217, welcher sich kritisch mit SJ 116 (1994) 512 befasst; weiter vgl. BGE 91 III 25 = Pra. 54 (1965) Nr. 116 (Arrestierung eines ausländischen Erben am Eröffnungsort); BGE 72 III 100 (Arrestierung von Vermögen in der Schweiz der Verlassenschaft eines Deutschen mit Wohnsitz in Deutschland).

217 Vgl. BGE 118 III 62; vgl. auch hinten, III. 2. k).

218 Vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 86 IPRG N 20: „Da das Gesetz nur diesen Sonderfall (sc. Art. 87 Abs. 2 bezüglich Grundstücken) regelt und im übrigen eine differenzierte und detaillierte Verteilung der internationalen Zuständigkeit vorsieht, besteht u.E. kein weiterer Spielraum mehr für einseitige Abweichungen von der Regelzuständigkeit durch die Erblasserin oder den Erblasser“.

219 Zur Diskussion bezüglich Wahl der Zuständigkeit vgl. *Dutoit* (Fn. 212), Art. 86 IPRG N 1; *Heini* (Fn. 187), Art. 86 IPRG N 8 und 9.

220 Vgl. etwa Abkommen vom 2. November 1929 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reiche über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (SR 0.276.191.361); Vertrag vom 16. Dezember 1960 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (SR 0.276.191.632); Abkommen vom 25. April 1968 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen (SR 0.276.195.141); weitere Vollstreckungsabkommen existieren mit Frankreich (0.276.183.491), Belgien (0.276.191.721), Spanien (0.276.193.321), Italien (0.276.194.541), Schweden (0.276.197.141) und Tschechien (0.276.197.411).

221 Vgl. Vertrag vom 25. November 1850 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Nordamerika (SR 0.142.113.361).

Erblassers) vor²²². Diese Bestimmung wird aufgrund der (später erlassenen) Regeln des schweizerischen Internationalen Privatrechts²²³ dahingehend ausgelegt, dass auch amerikanischen Staatsbürgern die Rechtswahlmöglichkeit zusteht²²⁴. Nach Art. 5 des Staatsvertrags mit Frankreich²²⁵ ist für einen in Frankreich versterbenden schweizerischen Erblasser der Nachlass an seinem schweizerischen Heimatort zu eröffnen (mit Ausnahme französischer Grundstücke) und schweizerisches Recht anzuwenden²²⁶.

bb) Verschiedene Niederlassungs- und Konsularverträge²²⁷ sehen Zuständigkeitsregeln für die Staatsangehörigen der jeweiligen Verträge

222 Vgl. Schnyder (Fn. 185), Art. 86 IPRG N 25: „Entgegen dem Wortlaut des Vertrages geht die herrschende Auffassung dahin, dass die Gerichte desjenigen Staates zuständig sein sollen, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz gehabt hat“; BGE 43 I 86 f.: „soweit bewegliches Vermögen in Betracht fällt, das Land des letzten Wohnsitzes des Erblassers“.

223 Vgl. Art. 90 Abs. 2 IPRG.

224 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 90 IPRG N 8.

225 Vgl. Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869 über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen (SR 0.276.183.491, BS 12, 315, AS 1989, 1775 und 1992, 200).

226 Vgl. VPB 38 (1974) Nr. 43; VPB 42 (1978) Nr. 125; zur teilweise anderen Auslegung in Frankreich vgl. Guy Flattet, De la loi applicable dans les relations franco-suissees à la succession d'un français décédé hors de Suisse, in: Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982, S. 163 ff.

227 Vgl. Staatsvertrag vom 6. Dezember 1856 mit dem Großherzogtum Baden betreffend die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse (BS 11, 611); Art. 8 Vertrag vom 7. Dezember 1875 zwischen der Schweiz und der österreichisch-ungarischen Monarchie zur Regelung der Niederlassungsverhältnisse, Befreiung vom Militärdienst und den Militärsteuern, gleichmäßige Besteuerung der beiderseitigen Staatsangehörigen, gegenseitige unentgeltliche Verpflegung in Krankheits- und Unglücksfällen und gegenseitige kostenfreie Mitteilung von amtlichen Auszügen aus den Geburts-, Trauungs- und Sterberegistern (SR 0.142.111.631); Todesschein, Art. IV Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag vom 6. September 1855 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Ihrer Majestät der Königin des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Irland (SR 0.142.113.671); Gleichbehandlung, Art. 10 Abs. 1 und 2 Niederlassungs- und Rechtsschutzabkommen vom 1. Dezember 1927 zwischen der Schweiz und Griechenland (SR 0.142.113.721); Vorsorgliche Maßnahmen am Sterbeort, Art. 8 Abs. 3 Niederlassungsabkommen vom 25. April 1934 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Persien (SR 0.142.114.362); Heimatprinzip, Art. 17 Abs. 3 und 4 Niederlassungs- und Konsularvertrag vom 22. Juli 1868 zwischen der Schweiz und Italien (SR 0.142.114.541); Letzter Wohnsitz in Heimat, Art. 5 Niederlassungs- und Handelsvertrag

vor, welche die Sicherung des Nachlasses, die Orientierung über den Eintritt des Erbfalles oder die Wahrung der Erbeninteressen betreffen. Der Staatsvertrag von 1856 mit dem Großherzog von Baden ist aufgehoben worden, aber die Schweiz hat die einseitige Erklärung abgegeben, wonach „die schweizerischen Behörden Artikel 6 des Staatsvertrages weiterhin auf Erbschaften anwenden werden, sofern deren Teilung aufgrund einer vor der Aufhebung des Staatsvertrages errichteten letztwilligen Verfügung zu erfolgen hat.“²²⁸ Der Staatsvertrag mit Österreich²²⁹ regelt den Umgang mit dem Todesschein.

cc) Das Lugano-Übereinkommen ist auf erbrechtliche Verhältnisse nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ)²³⁰.

c) Zuständigkeit zur güterrechtlichen Auseinandersetzung

aa) Art. 51 lit. a IPRG verweist für die Beurteilung von Klagen und den Erlass von Maßnahmen im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach dem Tod eines Ehegatten auf die erbrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften von Art. 86-89 IPRG. Diese besondere Zuständigkeit geht der allgemeinen Zuständigkeit (Art. 51 lit. c IPRG) vor und sie kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Erben sich einig sind und die Streitfragen sich auf die güterrechtliche Auseinandersetzung beschränken²³¹.

bb) Wenn es (aufgrund der erbrechtlichen Zuständigkeit nach Art. 87 [Heimatort] oder Art. 88 IPRG [Lageort]) zu einer Nachlassspaltung²³² kommt und die Schweiz nur für einen Teil des Nachlasses zuständig ist, wird die schweizerische Zuständigkeit für die güterrechtliche Auseinandersetzung nach Art. 51 lit. a IPRG nicht mehr in jedem Fall gegeben sein. Dann ist wenn möglich eine güterrechtliche Auseinandersetzung im Ausland zu übernehmen (Art. 58 Abs. 2 IPRG). Wenn dies

vom 21. Juni 1911 zwischen der Schweiz und Japan (SR 0.142.114.631): Vorsorgliche Maßnahmen am Sterbeort, Art. VIII Konsular-Übereinkommen vom 27. August 1883 zwischen der Schweiz und Portugal (SR 0.191.116.541): Vorsorgliche Maßnahmen am Sterbeort, Art. VIII Konsularvertrag vom 14. Februar 1880 zwischen der Schweiz und Rumänien (SR 0.191.116.631): Vorsorgliche Maßnahmen am Sterbeort.

228 AS 1978, 1858.

229 Vgl. Österreich (Fn. 226), SR 0.142.111.631.

230 Vgl. Siehr (Fn. 191), § 9 II 1 a.

231 Vgl. Schwander (Fn. 202), S. 4.

232 Vgl. dazu allgemein Beate Kopp, Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, (Diss. München) Tübingen 1997, S. 21 ff.

nicht gelingt und die güterrechtliche Auseinandersetzung im konkreten Fall aber dennoch eine notwendige Voraussetzung für die richtige Teilung des in der schweizerischen Zuständigkeit befindlichen Nachlasses ist, hat der schweizerische Richter die güterrechtliche Auseinandersetzung vorfrageweise nach schweizerischem Recht durchzuführen.

cc) Die erbrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften (Art. 86 Abs. 2 IPRG) machen einen **Vorbehalt für ausländische Grundstücke**. Dieser ist wie folgt in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu beachten: Wenn der Güterstand keinen Einfluss auf das Eigentum am Grundstück hat (Errungenschaft, Gütertrennung), muss das ausländische Recht nicht beachtet werden und der Wert des ausländischen Grundstücks kann in der schweizerischen güterrechtlichen Auseinandersetzung rechnerisch berücksichtigt werden. Wenn der Güterstand dagegen Einfluss auf das Eigentum am Grundstück hat (Gütergemeinschaft), ist der Vorbehalt auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung zu beachten, sofern der ausländische Staat die ausschließliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 86 Abs. 2 IPRG). Etwas pragmatischer formuliert *Schwander*, dass darauf abzustellen sei, ob eine Partei in der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Übertragung des Eigentums am ausländischen Grundstück verlangt; in diesem Fall sei das separate Verfahren im Ausland abzuwarten²³³.

dd) **Abweichende Vereinbarungen** (Art. 5 IPRG) sind möglich, führen aber zur Spaltung der Zuständigkeiten, und es ist zu beachten, dass für die Anerkennung der ausländischen Urteile die (restriktivere) Bestimmung des Erbrechts (Art. 96 IPRG) zur Anwendung kommt und nicht diejenige des Güterrechts (Art. 58 IPRG).

d) Zuständigkeit zur Eröffnung des Erbgangs

aa) Die Zuständigkeit für die Eröffnung (und Durchführung) des Erbgangs und für die erbrechtlichen Klagen ist einheitlich geregelt, während das anwendbare Recht für diese beiden Bereiche unterschiedlich ist (Art. 92 IPRG: Eröffnungsstatut und Erbstatut). Deshalb ist es wichtig, genau zu bestimmen, was zur **Eröffnung des Erbgangs** gehört: (1) Sichernde Maßnahmen, wie die Siegelung (Art. 552 ZGB), das Sicherungs-Inventar (Art. 553 ZGB)²³⁴, die Erbschaftsverwaltung (Art. 554 f.

²³³ Vgl. *Schwander* (Fn. 202), S. 6.

²³⁴ Vgl. BGE 120 II 293; PKG 1991 Nr. 56.

ZGB) und die Eröffnung der letztwilligen Verfügung inkl. Ausstellung des Erbescheinigung (Art. 556-559 ZGB)²³⁵; (2) Nachlassabwicklung, wie der Erwerb der Erbschaft (Art. 560-565 ZGB), die Ausschlagung der Erbschaft (Art. 566-579 ZGB), das öffentliche Inventar (Art. 580-592 ZGB) und die amtliche Liquidation (Art. 593-597 ZGB); (3) Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB).

bb) Die Zuständigkeit für die Eröffnung (und Durchführung) des Erbgangs ist an sich einheitlich geregelt. Von diesem Grundsatz wird in den vier oben bereits erwähnten Fällen abgewichen:

- (1) Lageort von Grundstücken (Art. 86 IPRG)²³⁶
- (2) Primäre Zuständigkeiten von ausländischen Staaten, welche nicht wahrgenommen wurden (Art. 87 und Art. 88 IPRG)²³⁷
- (3) Erlass von sichernden Maßnahmen (Art. 89 und Art. 10 IPRG)²³⁸
- (4) Anerkennung ausländischer Maßnahmen (Art. 96 IPRG).

cc) Gelegentlich sind Gerichte bereit, in großzügiger Auslegung **zusätzliche Anknüpfungspunkte** für die Zuständigkeit in der Schweiz zu akzeptieren (wie die Anwesenheit von Erben, Vermögen, eines Willensvollstreckers usw.), um einzelne Verfahrensschritte (insbesondere die Testamentseröffnung) durchführen zu können. Dies ist allerdings problematisch, weil das ganze Verfahren zusammenhängt und die einmal bejahte Zuständigkeit beim nächsten Verfahrensschritt (etwa der Ausstellung der Erbescheinigung) nicht einfach wieder verneint werden darf.

e) Zuständigkeit zur Bestimmung des Nachlassvermögens

aa) Nach Art. 92 Abs. 1 IPRG bestimmt das Erbstatut, was zum Nachlass gehört. Dies muss dahingehend **ergänzt** werden, dass zunächst andere Statute wie das **Sachenrechts- oder Vertragsstatut** bestimmen, ob eine Sache oder ein Recht überhaupt in die Vermögenssphäre des Erblassers gehört bzw. in den Nachlass gelangen kann. Wenn eine Versicherungsleistung aufgrund des Vertragsstatuts direkt dem überleben-

²³⁵ Vgl. *Isabelle Boson*, Le certificat d'héritier, RVJ 2003, 219 ff.

²³⁶ Vgl. BGE 124 III 505 (keine Zuständigkeit wenn Miterben im Ausland wohnen und der letzte Wohnsitz des Erblassers im Ausland ist).

²³⁷ Vgl. ZR 89 (1990) Nr. 4 Erw. 2 und 3 (in Italien wohnender Engländer); ZR 90 (1991) Nr. 89 (staatenloser Erblasser ohne Wohnsitz mit mehrheitlichem Aufenthalt in London, New York, Dubai und in der Schweiz).

²³⁸ Vgl. BGer. vom 16. Juli 2002 (5P.112/2002); SJ 124 (2002) 366.

den Ehegatten zusteht, fällt sie nicht in den Nachlass, auch wenn das Erbstatut dies anders anordnet.

bb) Die Zuständigkeit für die Frage, ob ein Vermögenswert in den Nachlass fällt, richtet sich in erster Linie nicht nach Art. 86-89 IPRG, sondern nach den Regeln, welche für die Rechtsverhältnisse gelten, aus welchen der Erblasser bzw. der Nachlass den Anspruch für sich ableiten, also Art. 97-98 IPRG für **Sachenrechte** und Art. 112-115 IPRG für **Verträge**. Art. 86-89 IPRG bzw. staatsvertragliche Regeln²³⁹ gelten für die **Auseinandersetzung unter den Erben**.

f) *Ordre Public*

aa) Die Regeln des **bäuerlichen Erbrechts**²⁴⁰ gelten als zwingende Regeln des schweizerischen Rechts (*ordre public*) im Sinne von Art. 18 IPRG (*lois d'application immédiate*) und kommen somit auch dann zur Anwendung, wenn ein Nachlass ausländischem Erbrecht untersteht²⁴¹. Um diese Regeln durchzusetzen wird auch eine schweizerische Zuständigkeit benötigt, es sei denn der ausländische Staat beachtet diese Regeln selbst²⁴². Eine klare gesetzliche Grundlage fehlt dafür²⁴³.

bb) Entsprechendes (zwingendes Recht und damit zwingende Zuständigkeit) gilt für die Durchsetzung der **Lex Friedrich (Koller)**²⁴⁴.

g) *Fall*

aa) **Sachverhalt:** Herr Hungerbühler, Bürger von St. Gallen und deutscher Staatsangehöriger, gab seinen Wohnsitz in Zumikon (Schweiz) 1999 auf; er lebt nun je 6 Monate in Frankfurt und Wien. Als er seinen Onkel am 13. Juni 2003 in Luzern besuchte, verstarb er ganz über-

239 Vgl. zum Beispiel Art. 17 des Staatsvertrags mit Italien (Fn. 226), SR 0.142.114.541.

240 Vgl. insbesondere Art. 11-24 BG vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB), SR 211.412.11.

241 Vgl. Ivo Schwander, Einführung in das Internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen 1997, Rz. 367; Marxer (Fn. 188), S. 151.

242 Etwa gestützt auf eine Art. 19 oder Art. 86 Abs. 2 IPRG vergleichbare Regel. 243 Art. 86 Abs. 2 IPRG ist analog anzuwenden, vgl. Schwander (Fn. 202), S. 16 f.

244 Vgl. Art. 7a BG vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41. Versteckte „Klippen“, wo z. B. zu Gunsten eines Stiefelerteils Nachkommen zunächst zurückstehen, im Nachlass des Stiefelers aber nicht mehr privilegiert sind (BGE 27.8.1997, ZBGR 80 [1999] 298) oder Planung aufgrund behördlicher Fachauskünfte erfolgt (BGE 18.12.2001 2. A. 433/2001).

raschend an einem Herzversagen. Seine Bankverbindung blieb ständig in Zürich bestehen.

bb) **Fragen:**

- (1) Wo ist der Nachlass zu eröffnen?
- (2) Wo sind Klagen anhängig zu machen?
- (3) Was hätte man vorkehren sollen?

cc) **Überlegungen:**

(1) Der Begriff des Wohnsitzes richtet sich nicht nach Art. 24 ZGB, sondern nach Art. 20 IPRG. Dies bedeutet, dass sich ein früherer Wohnsitz (Zumikon) nicht fortsetzt, auch wenn kein neuer begründet wurde, und dass ein einheitlicher Wohnsitz vorhanden sein muss (anders Deutschland: doppelter Wohnsitz möglich).

(2) Ob Herr Hungerbühler einen neuen (einzigen) Wohnsitz begründet hat, entscheidet sich an der Frage, ob ein eindeutiger Lebensmittelpunkt festgestellt werden kann (z. B. Familienangehörige an einem Ort).

(3) Wenn dies nicht der Fall ist und die Beziehungen zu Frankfurt und Wien gleichwertig waren, handelt es sich um zwei Aufenthaltsorte. Es ist umstritten, ob diese an die Stelle der Wohnsitze treten (Art. 20 Abs. 2 IPRG) oder statt dessen Art. 87 Abs. 1 IPRG anwendbar ist. Wir gehen von letzterem aus.

(4) Wenn sich die deutschen oder österreichischen Behörden des Nachlasses nicht annehmen, ist auf die Eröffnungs- und Klagezuständigkeit am schweizerischen Heimatort zurückzugreifen, welche in St. Gallen ist (und nicht etwa in Luzern [Sterbeort] oder Zumikon [früherer Wohnsitz]).

(5) Die doppelte Staatsangehörigkeit widerspricht an sich dem Wortlaut von Art. 87 Abs. 1 IPRG, genügt aber dennoch für das Erfordernis der schweizerischen Staatsbürgerschaft.

(6) Man kann sich fragen, ob man über den Lageort des Vermögens (Art. 88 Abs. 1 IPRG) eine Zuständigkeit hätte begründen können. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung müsste Herr Hungerbühler „Ausländer“ sein. Vom Normzweck her sollte diese Bestimmung aber auch auf Schweizer (und Doppelbürger) angewendet werden, wenn die Anwendung von Art. 87 IPRG Schwierigkeiten bereitet.

(7) Man hätte Hungerbühler empfehlen sollen, seinen Nachlass der schweizerischen Zuständigkeit und dem schweizerischen Recht zu unterstellen (Art. 87 Abs. 2 IPRG). Nach dem Wortlaut ist der Doppelbürger von dieser Bestimmung, welche nur den „Schweizer Bürger“ erwähnt, nicht erfasst, wohl aber nach der Auslegung.

dd) Antworten:

- (1) Falls sich Deutschland und Österreich nicht darum kümmern, ist der Nachlass in St. Gallen zu eröffnen (Heimatzuständigkeit).
- (2) Falls sich Deutschland und Österreich nicht darum kümmern, sind Klagen in St. Gallen einzureichen (Heimatzuständigkeit).
- (3) Man hätte die Heimatzuständigkeit wählen sollen.

h) Schlussbemerkung

Die aufgezeigten Interpretationsprobleme (vor allem Abgrenzungsschwierigkeiten) und Lücken lassen es als ratsam erscheinen, die Fragen der Zuständigkeit (und des anwendbaren Rechts) durch eindeutige Erklärungen des Erblassers zu regeln. Besonders zu erwähnen ist, dass auch diese Verfügung auf ihre steuerrechtliche Wirkung zu prüfen ist²⁴⁵.

2. Anwendbares Recht (IPR)

a) Erbstatut

- aa) Auf den (weltweiten)²⁴⁶ Nachlass ist schweizerisches Recht anwendbar, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz²⁴⁷ hatte (Art. 90 Abs. 1 IPRG)²⁴⁸.
- bb) Ein (in der Schweiz wohnhafter) Ausländer²⁴⁹ kann (für seinen ganzen Nachlass)²⁵⁰ sein (ausländisches) **Heimatrecht wählen**²⁵¹,

245 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 lit. a 3 ESchG (Zürich), wonach eine Steuerpflicht entsteht, wenn der „Erbgang im Kanton eröffnet worden ist.“

246 Eine Ausnahme besteht – wie bei der Zuständigkeit (Art. 86 Abs. 2 IPRG) – für ausländische Grundstücke, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 90 IPRG N 5; *Thomas Wachter*, Grundbesitz in der Schweiz, RNotZ 2001, 89.

247 Der Wohnsitz bestimmt sich nach Art. 20 IPRG.

248 Abweichende Regeln (Heimatrecht) gelten für griechische, iranische, italienische und amerikanische Erblasser aufgrund der vorne (Fn. 226) erwähnten Staatsverträge, vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 2 a.

249 Doppelbürgern steht diese Rechtswahl nicht offen, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 21 f.; *Kilias* (Fn. 193), 94; wenn der Erblasser sein Heimatrecht gewählt hat, diesem Staat aber im Zeitpunkt des Todes nicht mehr angehört, fällt diese Rechtswahl dahin, vgl. *Hasenböhler* (Fn. 191), S. 58 Fn. 40.

250 Eine Rechtswahl für einen Teil des Nachlasses ist nicht zulässig, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 90 IPRG N 15 ff.; *Bucher* (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 148; *Dutoit* (Fn. 212), Art. 87 IPRG N 5; *Heini* (Fn. 188), S. 193; anders allerdings *Volken* (Fn. 197), BN 51 (1990) 5.

251 Ausländische Regelungen sind z.T. noch großzügiger, indem das Recht eines beliebigen Staates gewählt werden kann, vgl. *Fritz Sturm*, Parteiauto-

sofern er nicht auch Schweizer Bürger geworden ist (Art. 90 Abs. 2 IPRG)²⁵². Eine solche Erklärung wird in der Gerichtspraxis großzügig ausgelegt²⁵³. Diese Rechtswahl sollte möglichst bestimmt erfolgen²⁵⁴ und darf nicht rechtsmissbräuchlich sein. Die Rechtswahl bezieht sich im Zweifel auf das materielle Erbrecht²⁵⁵.

Beispiel: Eine deutsche Erblasserin mit Wohnsitz im Tessin errichtet in Deutschland ein notarielles Testament, in welchem sie ihre Tochter enterbt; sie verstirbt am (schlichten) Aufenthaltsort in Deutschland; das Bundesgericht (BGE 125 III 35) nimmt eine stillschweigende Rechtswahl an, wohl auch weil das deutsche Pflichtteilsrecht (50%) dem Willen der Erblasserin näher lag als das schweizerische (75%)²⁵⁶.

cc) Wenn der Erblasser im Ausland verstorben ist, bestimmt das ausländische Kollisionsrecht das Erbstatut (Art. 91 Abs. 1 IPRG)²⁵⁷.

Beispiele: Wenn ein Grieche mit letztem Wohnsitz in Deutschland und einer Liegenschaft in der Schweiz verstirbt, verweist Art. 91 Abs. 1 IPRG (und nicht der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Griechenland) auf das deutsche IPR. Art. 25 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 EGBGB verweisen auf das griechische IPR. Art. 28 griech. ZGB erklärt das griechische Erbrecht für anwendbar (Staatsangehörigkeit). Dieses wird auch für das vom deutschen Erbschein nicht erfasste schweizerische Grundstück gelten²⁵⁸.

nomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht, in: *Festschr. für Ernst Wolf*, hrsg. v. Dietrich Bickel, Walther Hadting, Volker Jahnke und Gerhard Lüke, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 643 f.

252 Vgl. OGer. ZH vom 18.3.1998, hinten, T. VII.; *Bucher* (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 148; zur Rechtswahl nach früherem Recht vgl. *Klaus P. Hotz*, Die Rechtswahl im Erbrecht, (Diss. Zürich) Zürich 1969, S. 36 ff.

253 Vgl. BGE 125 III 35 = SJ 121 (1999) I 298; im Gegensatz zum Vertragsrecht braucht das Bewusstsein, dass eine Rechtswahl getroffen wird, nicht vorhanden zu sein, vgl. *Dutoit* (Fn. 212), Art. 90 IPRG N 4.

254 Entgegen den ersten Entwürfen verlangt das Gesetz aber keine ausdrückliche Erklärung, vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 18; *Bucher* (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 148; dies entspricht der neueren Rechtsprechung, vgl. etwa BGE 111 II 16 Erw. 3.

255 Vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 2 c.

256 Vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 2 c.

257 In Bezug auf Griechenland, Iran, Italien und die USA gelten die Staatsverträge (Fn. 226), die mit Ausnahme der USA (Wohnsitzrecht) das Heimatrecht vorsehen, vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 3 a.

258 Vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 3 b.

Wenn ein Schweizer mit letztem Wohnsitz in Deutschland und einer Liegenschaft in Österreich verstorbt, wird er aus österreichischer Sicht (§§ 28, 9 österr. IPR-Gesetz) kraft Weiterverweisung des schweizerischen Heimatrechts (Art. 91 Abs. 1 IPRG) auf das deutsche Recht verwiesen und nach diesem (Art. 25 Abs. 1, 4 Abs. 1 EGBGB) beerbt und es gilt für die dingliche Wirkung der Erbfolge österreichisches Recht (Art. 28 Abs. 2 österr. IPR-Gesetz) und somit eine Einantwortung der *hereditas iacens* (§§ 550, 819 ff. ABGB) und keine unmittelbare Rechtsnachfolge²⁵⁹.

dd) Wenn die schweizerischen Behörden und Gerichte am Heimatort nach Art. 87 IPRG zuständig sind, kommt vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl auch das schweizerische Recht zur Anwendung (Art. 91 Abs. 2 IPRG).

Beispiele: Ein in Deutschland verstorbener Schweizer kann in seinem Testament das Heimatrecht wählen, mit Ausnahme für die deutschen Liegenschaften, welche er dem deutschen Recht unterstellt (Art. 25 Abs. 2 EGBGB)²⁶⁰. Bei einem in Italien verstorbenen Schweizer gilt die Heimatzuständigkeit und somit auch das Heimatrecht.

ee) Eine Rechtswahl ist nicht möglich, wenn ein Staat für Grundstücke die eigene Zuständigkeit vorschreibt (Art. 86 Abs. 2 IPRG) und die Anwendung eigenen Rechts vorbehält. Eine solche Regelung bedeutet allerdings nicht, dass ein im Ausland gelegenes Grundstück bei einer schweizerischen Erbteilung völlig außer Acht bleibt.

Beispiel: Wenn ein Grundstück in England den Hauptteil des Nachlasses bildet und einem von zwei Söhnen in der Erbteilung zugewiesen wird, so ist es bei der Berechnung der Pflichtteile sehr wohl zu berücksichtigen, obwohl das englische Recht keine Pflichtteile im schweizerischen Sinne kennt²⁶¹. Der schweizerische Richter ist nur daran gehindert, über die Zuteilung des Grundstücks zu entscheiden.

ff) Welche Fragen zum Erbstatut gehören, regelt Art. 92 Abs. 1 IPRG. Die Abgrenzung zum Eröffnungsstatut ist nach wie vor nicht völlig geklärt²⁶². Zum Erbstatut gehören alle Fragen des materiellen Erb-

259 Vgl. OGH vom 20. Juni 2000 (30 b 92/00a); Kurt Siehr, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 98 (2002) 105.

260 Vgl. Siehr (Fn. 191), § 9 III 3 c.

261 Vgl. Bucher (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 147.

262 Vgl. Schnyder (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 2 m.w.N.

rechts, d. h. alle mit dem Erbrecht verbundenen Rechte und alle Voraussetzungen und Wirkungen von Klagen und Maßnahmen, welche mit der Verwirklichung dieser Rechte zusammenhängen²⁶³. Ihm ist im Zweifel der Vortritt zu lassen, es sei denn, eine Frage sei mit dem Verfahren so verknüpft, dass eine Trennung nicht mehr sinnvoll ist²⁶⁴. Zum Erbstatut gehören etwa: Eintritt des Erbfalles, Erbfähigkeit, Erbberichtigung²⁶⁵ und Erbanteile²⁶⁶ (gesetzliche Erbfolge), Pflichtteile, Arten und Wirkungen erbrechtlicher Verfügungen (Erbeinsetzung, Erbverzicht, Enterbung, Vermächtnisse²⁶⁷, Auflagen, Bedingungen), Umfang des Nachlasses²⁶⁸, Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft, Erbgang, Erbrechts-Klagen, Erbteilung, Stellung der Erben vor und nach der Teilung (insbesondere Haftung der Erben)²⁶⁹ usw.

Beispiel: Wenn ein in der Schweiz wohnhafter Österreicher sein Heimatrecht wählt, würde der in der Schweiz gelegene Teil des Nachlasses an sich erst mit der Einantwortung durch das österreichische Nachlassgericht auf die Erben übergehen (Einzelnachfolge)²⁷⁰ und nicht schon unmittelbar beim Tod (Gesamtnachfolge)²⁷¹. Dies wird aber von einer Rückverweisung (§ 5 öst. IPRG) verhindert und sollte auch sonst vermieden werden²⁷².

263 Vgl. Bucher (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 154.

264 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 92 IPRG N 5.

265 Abgrenzung: Die Frage, ob die Ehefrau mit dem Erblasser gültig verheiratet war, entscheidet das Eherecht, vgl. BGE 111 II 16 (brasilianische gerichtliche Trennung: *desquite*).

266 Zur Abtretung von Erbanteilen vgl. BGE 118 II 514.

267 Abgrenzung: Die Frage, ob das Eigentum des Vermächtnisses beim Tod des Erblassers direkt auf die Begünstigten übergeht, richtet sich nach dem Erbstatut und nicht nach dem Sachstatut, anders BGH IPRspr. 1994 Nr. 125.

268 Die Frage, ob eine Sache vom Erblasser gültig erworben wurde, ist vom Sachstatut zu entscheiden, vgl. Siehr (Fn. 191) § 9 III 5; das Sachenrecht muss entscheiden, ob ein Kunstwerk vom Erblasser gültig erworben wurde, vgl. BGE 94 II 297; das Obligationenrecht muss entscheiden, ob ein Bankguthaben als Trust aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschieden ist, vgl. BGE 96 II 79.

269 Ob bei einem Auslandsbezug ein gültiger Anspruch gegenüber dem Erblasser bestand, ist nach Obligationenrecht (und nicht Erbrecht) zu entscheiden, vgl. BGE 93 II 379.

270 Vgl. §§ 547, 797, 819 ff. ABGB; §§ 149 ff. Außerstreitgesetz.

271 Art. 560 ZGB.

272 Vgl. Siehr (Fn. 191), 9 III 5.

gg) Die Anknüpfung des Erbstatuts am Wohnsitz führt mit Deutschland und Österreich (Anknüpfung an der Staatsangehörigkeit)²⁷³ zu gewissen Konflikten, die Möglichkeit der Rechtswahl vor allem mit Österreich (fehlende Rechtswahl)²⁷⁴.

b) Eröffnungsstatut

aa) Für die sichernden Maßnahmen und die Nachlassabwicklung (inkl. Willensvollstreckung) kommt das Recht am Ort der zuständigen Behörde zur Anwendung (Art. 92 Abs. 2 IPRG).

bb) **Zum Eröffnungsstatut** gehören etwa²⁷⁵: Siegelung und Inventar, Testamentseröffnung, Ausstellen des Erbscheins, Form der Ausschlagung, das öffentliche Inventar, amtliche Liquidation²⁷⁶, Verwaltung der Erbschaft, Liquidationshandlungen, die Mitwirkung der Erbteilungsbehörden und die Stellung des Willensvollstreckers.

c) Weitere Statute

aa) Art. 93 IPRG verweist für das **Formstatut**, also die Form des Testaments und Erbvertrags, auf das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961²⁷⁷. Eine letztwillige Verfügung ist danach gültig, wenn sie die Form des Heimatrechts, des Wohnsitzrechts, des Rechts am gewöhnlichen Aufenthaltsort, des Errichtungsortsrechts oder des Lageortsrechts erfüllt. Es ist eine Besonderheit des schweizerischen Rechts, dass die Regeln der Konvention auch analog auf den Erbvertrag angewendet werden²⁷⁸.

273 Zu Deutschland vgl. Art. 25 Abs. 1 EGBGB; zu Österreich vgl. § 9 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 A-IPRG.

274 Zu Deutschland vgl. Art. 25 Abs. 2 EGBGB: beschränkte Rechtswahl.

275 Vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 8; *Bucher* (Fn. 199), ZGGR 69 (1988) 154; *Kiliyas* (Fn. 193), 96.

276 Vgl. OGer. ZH vom 21.8.1998, hinten, III.2.j.

277 Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht (SR 0.211.312.1); dieses Abkommen gilt für die Schweiz (17.10.1971), Deutschland (1.1.1966) und Österreich (5.1.1964); die Schweiz hat einen Vorbehalt bezüglich mündlicher Testamente gemacht (Art. 10) und Österreich bezüglich Verfügungen nicht erbrechtlicher Art (Art. 12); zum Inhalt vgl. *Tim Brandi*, Das Haager Abkommen von 1961 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht, (Diss. Freiburg i.Br.) Berlin 1995 (= Schriften zum Internationalen Recht 78); zu Art. 93 IPRG vgl. BGE 127 III 390 = ZBGR 83 (2002) 175.

278 Vgl. Art. 93 Abs. 2 IPRG; *Dutoit* (Fn. 212), Art. 93 Fn. 2; Rep. 1995, 77 Nr. 1.

bb) Für die **Verfügungsfähigkeit** gilt das Recht am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. das Heimatrecht (Art. 94 IPRG), während das Recht des Errichtungsortes (lex loci) keine Rolle spielt²⁷⁹. Für Erbverträge und korrespondierende Verfügungen gilt das Recht am Wohnsitz oder – bei Rechtswahl – des Heimatortes des Erblassers (Art. 95 IPRG).

cc) Auf die – dem Erbgang unmittelbar vorausgehende – **güterrechtliche Auseinandersetzung** kommt das von den Eheleuten gewählte Recht zur Anwendung (Art. 52 IPRG), wobei wählbar sind das Recht des Staates, wo die Ehegatten einen gemeinsamen Wohnsitz haben oder nehmen werden oder eines der Heimatrechte der Eheleute²⁸⁰. Ohne Rechtswahl kommt das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes im Zeitpunkt der Eheschließung oder hilfsweise das gemeinsame Heimatrecht zur Anwendung. Wenn die objektive Anknüpfung zu keinem Ergebnis führt, gilt Gütertrennung nach schweizerischem Recht (Art. 54 Abs. 3 IPRG).

dd) Für **erbenlose Nachlässe** gibt es keine Sondernormen. Verstirbt ein Erblasser in der Schweiz ohne Erben, so fällt der Nachlass in Anwendung des **Erbstatuts** an den Wohnsitzkanton (Art. 90 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 466 ZGB)²⁸¹.

ee) Für **nachrichtenlose Vermögen** von ausländischen Staatsangehörigen aus der Zeit des zweiten Weltkriegs kann (ein Verschollenheitsverfahren durchgeführt und) der Erbgang in der Schweiz eröffnet werden, wenn der Staat des letzten Wohnsitzes bzw. der Heimatstaat sich mit dem schweizerischen Vermögen nicht befasst²⁸². Die Anwendung des **Erbstatuts** führt allerdings in vielen Fällen zu keiner befriedigenden Lösung und deshalb sollte dieser Fall eigens geregelt werden²⁸³.

d) Ordre Public

Der ordre public verlangt, dass gewisse Bestimmungen des schweizerischen Rechts auch dann zwingend anzuwenden sind, wenn an sich

279 Vgl. *Schnyder* (Fn. 185), Art. 95 IPRG N 5.

280 Vgl. *Hans Flick/Detlev J. Piltz* (Hrsg.), Der Internationale Erbfall, München 1999, Rz. 874.

281 Vgl. *Marxer* (Fn. 188), S. 154.

282 Vgl. *Daniel Girsberger*, Das Internationale Privatrecht der nachrichtenlosen Vermögen in der Schweiz, Basel/Frankfurt am Main/London 1997 (= ZSR Beiheft 23), S. 27 f.

283 Vgl. *Girsberger* (Fn. 282), S. 40.

eine andere Rechtsordnung zur Anwendung kommt (Art. 18 IPRG)²⁸⁴. Für Erbschaften von besonderer Bedeutung sind die Bestimmungen über das **bäuerliche Erbrecht**²⁸⁵ und die **Lex Friedrich**²⁸⁶. Die Ausschaltung der schweizerischen Pflichtteile durch eine Rechtswahl (z. B. England) verstößt dagegen grundsätzlich²⁸⁷ nicht gegen den *ordre public*²⁸⁸, weshalb auch geringere Pflichtteile als in der Schweiz (z. B. in Deutschland) hinzunehmen sind.

e) Fälle

aa) Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland²⁸⁹

(1) Für den Nachlass eines Schweizers mit letztem Wohnsitz in Deutschland verweist Art. 25 EGBGB auf das Heimatrecht; da es sich um einen Gesamtverweis handelt, ist das schweizerische Kollisionsrecht anzuwenden; nach Art. 91 Abs. 1 IPRG gilt das Recht am Wohnsitz; da es sich um eine Gesamtverweisung handelt²⁹⁰, stellt dies eine Rückverweisung (*Renvoi*)²⁹¹ dar; **Deutschland nimmt den Rückverweis an und bricht hier ab** (Art. 4 Abs. 1 EGBGB)²⁹². Eine andere Mei-

284 Vgl. *Monica Mächler-Erne*, Kommentar zu Art. 13-19 IPRG, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Anton K. Schnyder, Basel/Frankfurt 1996, Art. 18 IPRG N 1.

285 Vgl. dazu vorne, Fn. 232.

286 Vgl. *Wachter* (Fn. 246), RNotZ 2001, 90.

287 Die Notlage in einem Einzelfall kann zu einem anderen Ergebnis führen, vgl. *Hans Hanisch*, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, in: *Mélanges Guy Flattet*, hrsg. v. Bernard Dutoit, Josef Hofstetter und Paul Piotet, Lausanne 1985, S. 483.

288 Vgl. BGE 102 II 140 f.; kritisch *Bucher* (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 150: Es muss im Zeitpunkt des Todes noch eine Beziehung zum Heimatrecht bestehen, ansonsten die Rechtswahl rechtsmissbräuchlich ist.

289 Vgl. *Burkhard J. Wolf*, *Das Handeln für den Nachlass in schweizerisch-deutschen und schweizerisch-brasilianischen Verhältnissen*, in: Internationales Erbrecht, Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 9. November 2001, St. Gallen 2001, S. 6.

290 *Flick/Piltz* (Fn. 280), Rz. 872.

291 Vgl. dazu eingehend *Hans Kuhn*, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz - Eine Analyse internationaler Erbfälle im Verhältnis der Schweiz zu Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, dem Fürstentum Liechtenstein, Griechenland, England und den Niederlanden*, (Diss. Zürich) Zürich 1998 (= SSIR 107).

292 Vgl. *Kurt Siehr*, *Die Beerbung von Schweizer Bürgern mit letztem Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Festschr. für Paul Piotet*, hrsg. v. Fritz Sturm, Bern 1990, S. 539 f.

nung vertritt *Lorenz*²⁹³, nämlich dass aus schweizerischer Sicht das schweizerische Erbrecht anwendbar sei, weil bei Art. 91 Abs. 1 IPRG zu starten sei und der Rückverweis somit in der Schweiz ende. Diese Ansicht übersieht, dass in der Schweiz (anders als in Deutschland) mit der Zuständigkeitsfrage begonnen wird und Deutschland aufgrund des Wohnsitzes zuständig ist (umgekehrtes Gleichlaufprinzip).

Gegenüber Österreich besteht übrigens eine parallele Rechtslage²⁹⁴. Weil das deutsche Recht Doppelbürger als Deutsche auffasst (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB)²⁹⁵, ist auf den Nachlass eines schweizerisch-deutschen Doppelbürgers deutsches Recht anwendbar.

(2) Durch letztwillige Verfügung kann ein Schweizer (oder schweizerisch-deutscher Doppelbürger) die Heimatbehörden und -gerichte für zuständig erklären (Art. 87 Abs. 1 IPRG) und damit wird gleichzeitig schweizerisches Recht anwendbar, sofern keine abweichende Regelung getroffen wird (Art. 91 Abs. 2 IPRG). Da die Zuständigkeitswahl dem deutschen internationalen Erbrecht unbekannt ist und die deutschen Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig sind, wird diese **Zuständigkeitswahl in Deutschland nicht anerkannt**, wohl aber die Rechtswahl.

(3) Der Schweizer kann für das in Deutschland gelegene unbewegliche Vermögen deutsches Recht wählen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB n.F.), was aber in der Schweiz nicht anerkannt wird²⁹⁶.

bb) Deutscher mit Wohnsitz in der Schweiz²⁹⁷

(1) Für den Nachlass eines Deutschen in der Schweiz sind nach schweizerischem Recht (Art. 86 IPRG) die **schweizerischen Behörden und Gerichte zuständig** und es ist schweizerisches Recht anwendbar (Art. 90 Abs. 1 IPRG). Der Deutsche **kann sein Heimatrecht wählen** (Art. 90 Abs. 2 IPRG), aber auch in diesem Fall bleiben die schweizeri-

293 *Lorenz* (Fn. 200), DNotZ 44 (1993) 152.

294 Vgl. *Siehr* (Fn. 191), § 9 III 3 b; anders bei einem Franzosen in Deutschland, wo eine Disharmonie entsteht, weil Deutschland das deutsche Recht, Frankreich aber das französische Recht anwendet, vgl. *Siehr* (Fn. 292), S. 540 Fn. 31.

295 Vgl. *Thomas M. Bentler*, *Die Erbengemeinschaft im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Wien 1992, S. 12 f.

296 Vgl. *Siehr* (Fn. 292), S. 541.

297 *Wolf* (Fn. 289), S. 6 f.

Anwendbares Recht bei schweizerisch-deutschen Erbfällen ²⁹⁸								
	unbewegliches Vermögen CH		bewegliches Vermögen CH		unbewegliches Vermögen D		bewegliches Vermögen D	
	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht
CH mit Wohnsitz CH	CH Recht	CH Recht	CH Recht	CH Recht	CH Recht	CH Recht <i>D Recht Art. 25 Abs. 2 EGBG</i>	CH Recht	CH Recht
CH mit Wohnsitz D	D Recht ²⁹⁹ CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG) <i>D Recht Art. 25 Abs. 2 EGBG</i>	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)	D Recht CH Recht (bei Anw. v. Art. 87 Abs. 2 IPRG)

298 Vgl. Christian von Oertzen, Anwendbares Recht in deutsch-schweizerischen Erbfällen, ZEV 7 (2000) 495, wo allerdings z.T. andere Ergebnisse dargestellt werden.

299 Auch aus schweizerischer Sicht ist deutsches Recht anwendbar, vgl. Stehr (Fn. 191), § 9 III 3 b, anders Oertzen (Fn. 298), ZEV 7 (2000) 495.

Anwendbares Recht bei schweizerisch-deutschen Erbfällen ²⁹⁸								
	unbewegliches Vermögen CH		bewegliches Vermögen CH		unbewegliches Vermögen D		bewegliches Vermögen D	
	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht	CH Sicht	D Sicht
D mit Wohnsitz CH	CH Recht ³⁰⁰ D Recht (bei Anw. v. Art. 90 Abs. 2 IPRG)	D Recht ³⁰¹	CH Recht D Recht (bei Anw. v. Art. 90 Abs. 2 IPRG)	D Recht	CH Recht D Recht (bei Anw. v. Art. 90 Abs. 2 IPRG)	D Recht	CH Recht D Recht (bei Anw. v. Art. 90 Abs. 2 IPRG)	D Recht
D mit Wohnsitz D	D Recht	D Recht	D Recht	D Recht	D Recht	D Recht	D Recht	D Recht

300 Anknüpfung am Wohnsitz (Art. 90 IPRG).

301 Anknüpfung an der Staatsangehörigkeit (Art. 25 Abs. 1 EGBG).

schen Behörden und Gerichte zuständig. Art. 90 Abs. 2 IPRG lehnt die Rechtswahl eines deutsch-schweizerischen Doppelbürgers zugunsten des deutschen Rechts ab.

(2) Das deutsche Recht erklärt beim Nachlass eines Deutschen mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, das deutsche Recht für anwendbar (§ 25 Abs. 1 EGBGB) und die deutschen Behörden für zuständig (§§ 73 ff. FGG und Art. 27 ZPO). Dies führt zum **Nachlasskonflikt** bezüglich der Zuständigkeit und – falls eine Rechtswahl fehlt – zur **Nachlassspaltung**.

3. Anerkennung ausländischer Entscheidungen und Ausweise

a) Direkte Zuständigkeit

aa) Für die direkte Zuständigkeit enthalten Art. 25 ff. IPRG die notwendigen Regeln. Danach werden ausländische Entscheidungen anerkannt, wenn das zuständige Gericht eine endgültige Entscheidung gefällt hat und kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegt.

bb) Der Nachweis der Erbenstellung kann mit einem **ausländischen Ausweis** geführt werden, welcher der Erbbescheinigung (Art. 556-559 ZGB) gleichwertig ist³⁰².

Land	Ausweis	Norm	öff. Glaube
Deutschland	Erbschein	§§ 2366 f. BGB	ja (§ 2366 f. BGB)
Österreich	Einantwortungsurkunde	§§ 149 ff. AußStrG	ja (§ 292 ZPO)
Liechtenstein	Einantwortungsurkunde	§§ 149 ff. AußStrG	ja (§ 292 ZPO)
Frankreich	acte de notoriété	Praxis	nein
Italien	atto di notorieta	Praxis	nein
UK	letters testamentary	Wills Act	ja
	letters of administration	Administration of Estates Act	ja
USA	letters testamentary	Probate Code	ja
	letters of administration	Probate Code	ja

302 Vgl. Siehr (Fn. 191), § 9 V 4; Roberto Dallafior, Die Legitimation des Erben, Zürich 1990, S. 158 ff., zur Erbbescheinigung vgl. vorne II. 1. d) aa).

cc) Für Auskünfte und Verfügungen über **Bankdepots und -konten** in der Schweiz werden der deutsche Erbschein und die österreichische Einantwortungsurkunde ohne weitere Formalitäten akzeptiert³⁰³. Probleme ergeben sich etwa, wenn ein nicht-deutscher Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland verstirbt, weil dann nur ein auf Deutschland begrenzter Erbschein ausgestellt wird (§ 2369 Abs. 1 BGB) und die Erben dann die Notzuständigkeit in der Schweiz³⁰⁴ beanspruchen müssen, was beim Fehlen von entsprechenden Bankunterlagen aber mit Schwierigkeiten verbunden sein wird³⁰⁵. Wenn ein deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz außerhalb Deutschlands verstirbt, kann der von Deutschland ausgestellte Erbschein gegenüber der Schweizer Bank nicht verwendet werden, es sei denn dieser werde im Wohnsitzstaat des Erblassers anerkannt (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG)³⁰⁶.

dd) Für „**Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch**“ hat das Bundesamt für Justiz Regeln ausgearbeitet³⁰⁷, welche für jedes Land konkret festhalten, welche Erbfolgezeugnisse als gleichwertig (äquivalent) zur Erbbescheinigung im Sinne von Art. 559 ZGB angesehen werden.

(1) Der **deutsche Erbschein** (§§ 2358 ff. BGB) wird vom Nachlassgericht nach einer materiellen Ermittlung der Sach- und Rechtslage ausgestellt und die darin enthaltenen Feststellungen erwachsen nicht in Rechtskraft. Er wird in der Schweiz ebenso anerkannt³⁰⁸ wie (bei klaren Verhältnissen) auch ein öffentlich beurkundetes Testament, zusammen mit einer Niederschrift über seine Eröffnung, anerkannt wird.

(2) Die **österreichische Einantwortungsurkunde** wird vom Verlassenschaftsgericht ausgestellt und bestätigt die Vermutung eines gültigen Erbrechtstitels, geht also über die Wirkungen der schweizerischen Erbbescheinigung hinaus. Störend ist allerdings die Selbstbeschränkung

303 Vgl. Peter Gottwald/Burkhard Stangl, Ausländische Wertpapierdepots im deutschen Nachlass, ZEV 4 (1997) 219; weiter vgl. Art. 4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über den Verzicht auf die Beglaubigung und über den Austausch von Zivilstandsurkunden/Personenstandsurkunden sowie über die Beschaffung von Ehefähigkeitszeugnissen (SR 0.211.112.413.6): Todeschein bzw. Sterbeurkunde.

304 Vgl. hinten, II. 3. a).

305 Vgl. Gottwald/Burkhard (Fn. 303), ZEV 4 (1997) 218.

306 Vgl. Gottwald/Burkhard (Fn. 303), ZEV 4 (1997) 219.

307 Vgl. www.bj.admin.ch/themen/ipr/erfolgezeugnisse-d.pdf (1. Januar 2004).

308 Dies gilt für den Eigenrechtserbschein, während der Fremdrechterschein seine Geltung selbst auf das deutsche Territorium beschränkt.

auf die österreichische Zuständigkeitsordnung (§ 21 ff. AußStrG). Weil ausländisches Zivilverfahrensrecht für schweizerische Behörden nicht verbindlich ist, kann die Einantwortungsurkunde dennoch im Grundbuchverkehr verwendet werden.

ee) **Ausländische Erbfolgezeugnisse können für vollstreckbar erklärt werden** (Art. 28 i.V.m. Art. 31 IPRG). Das sog. Exequaturverfahren wird vom kantonalen Prozessrecht bestimmt und ist in der Regel summarischer Natur. Dieses Verfahren wird etwa im Bankverkehr notwendig, wenn der ausländische Ausweis nicht ohne weiteres akzeptiert wird. Ausländische Ausweise werden auch dann anerkannt, wenn sie nicht von einer ausländischen Behörde oder einem ausländischen Gericht, sondern zum Beispiel von einem Notar ausgestellt worden sind³⁰⁹. Allerdings sind die Kriterien für die Anerkennung noch ziemlich unklar³¹⁰. Typisch für viele Ausweise ist ihre räumliche Begrenzung: So ist der Fremdrechtserschein auf Deutschland begrenzt und die österreichische Einantwortungsurkunde erfasst keine Liegenschaften im Ausland³¹¹. Diese territorialen Beschränkungen sind in der Schweiz immer dann zu beachten, wenn sie sich aus dem materiellen Recht ergeben (Fremdrechtserschein), nicht aber, wenn sie sich aus Regeln des Verfahrensrecht ergeben (Einantwortungsurkunde)³¹².

Beispiel: Wenn ein Österreicher mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstirbt, stellt Deutschland einen Fremdrechtserschein aus, welcher die schweizerischen Nachlassteile nicht erfasst; die Schweiz anerkennt die von Österreich ausgestellte Einantwortungsurkunde, welche sich für den ganzen Nachlass als zuständig ansieht, obwohl der Erblasser in Österreich weder Wohnsitz hatte noch das Heimatrecht wählen konnte³¹³.

ff) Wenn im Ausland kein Erbfolgezeugnis ausgestellt wird oder dieses das in der Schweiz gelegene Vermögen nicht erfasst, ist in der Schweiz im Rahmen eines Eröffnungsverfahren ersatzweise eine **Erbscheinigung zu beantragen**. Die Zuständigkeit richtet sich nach Art. 87 und Art. 88 IPRG. Wurde im Ausland zwar ein Ausweis ausgestellt,

erfüllt dieser aber die für die Anerkennung notwendigen Anforderungen nicht, muss gestützt auf die Notzuständigkeit von Art. 3 IPRG am Ort der gelegenen Sache oder an einem anderen Ort, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Bezug aufweist, eine Erbscheinigung beantragt werden.

gg) Bei **Kollisionen von Erbrechtsausweisen** aus mehreren Ländern kann Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG (i.V.m. Art. 31 IPRG) die Lösung bringen, indem das zuerst in der Schweiz eingeleitete Verfahren³¹⁴ Vorrang hat³¹⁵.

b) Indirekte Zuständigkeit

aa) Die indirekte Zuständigkeit ist in Art. 96 IPRG geregelt. Anerkannt werden Urteile, wenn sie im Staat des letzten Wohnorts des Erblassers, oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder dort anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG). Für Grundstücke ist der Lageort maßgebend (Art. 96 Abs. 1 lit. b IPRG), gegebenenfalls ausschließlich (Art. 96 Abs. 2 IPRG). Entscheide über sichernde Maßnahmen werden nur von demjenigen Staat anerkannt, in welchem die gesicherten (beweglichen oder unbeweglichen) Sachen liegen (Art. 96 Abs. 3 IPRG).

bb) *Beispiel:* Für einen in der Schweiz verstorbenen deutschen Erblasser, welcher keine Rechtswahl getroffen hat, wendet Deutschland aufgrund der Staatsangehörigkeit deutsches Recht an und beansprucht die Zuständigkeit. Deutschland stellt somit einen Erbschein aus³¹⁶. Aufgrund des Wohnsitzes in der Schweiz beansprucht die Schweiz (ebenfalls) Zuständigkeit und ist schweizerisches Recht (Eröffnungsstatut) anzuwenden. In der Schweiz wird somit (ebenfalls) eine Erbscheinigung ausgestellt. Die Anerkennung des deutschen Erbscheins wird in der Schweiz verweigert, weil Art. 96 IPRG keine indirekte Zuständigkeit des Heimatstaates vorsieht. Wenn der deutsche Erblasser allerdings sein Heimatrecht wählt, ist der deutsche Erbschein anzuerkennen (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG)³¹⁷.

309 Vgl. Hans Kuhn, Anerkennung und Wirkungen ausländischer Erbausweise im schweizerischen Recht, SZIER 12 (2002) 7.

310 Vgl. Kuhn (Fn. 277), SZIER 12 (2002) 13 f.

311 Ähnliches gilt für den letters testamentary und den letters of administration, vgl. Kuhn (Fn. 309), SZIER 12 (2002) 25.

312 Vgl. Kuhn (Fn. 309), SZIER 12 (2002) 26 f.

313 Vgl. Kuhn (Fn. 309), SZIER 12 (2002) 11.

314 In der Schweiz wird der Nachlass mit dem Tod des Erblassers automatisch eröffnet, vgl. Art. 537 ZGB.

315 Vgl. Marxer (Fn. 188), S. 141.

316 Ein Erbe kann beim Amtsgericht Berlin-Schöneberg das Gesuch um Erteilung eines Erbscheins stellen (1 73 Abs. 2 FGG).

317 Vgl. Kiliyas (Fn. 193), 98.

c) Staatsverträge

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, Maßnahmen und Urkunden wird auch von Staatsverträgen geregelt, etwa **im Verhältnis zu Deutschland**³¹⁸. Diese enthalten aber regelmäßig nur Mindestnormen und gehen deshalb nicht über Art. 96 IPRG hinaus³¹⁹.

4. Erbanfall: Universalsukzession

a) Grundsatz

aa) In der Schweiz wird das Vermögen des Erblassers durch Universalsukzession (Gesamtnachfolge) auf die Erben übertragen. Die **Rechte und Pflichten**³²⁰ des Erblassers gehen mit seinem Tod, soweit möglich³²¹, **gesamthaft (direkt) auf die Erben über** (Art. 560 Abs. 1 ZGB)³²². Die Universalsukzession verdrängt die staatliche Mitwirkung bei der Erbteilung, wie sie im früheren kantonalen Recht noch vorkam³²³, weitgehend.

318 Vgl. Abkommen vom 2. November 1929 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (SR 0.276.191.361).

319 Vgl. Siehr (Fn. 292), S. 549.

320 Vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB: „Mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben“.

321 Ausgenommen sind höchstpersönliche Rechte wie zum Beispiel das Privatstrafklagerecht, vgl. ZR 76 (1977) 170 Erw. 4 Nr. 66; die Übertragung ist nur beschränkt möglich bei öffentlich-rechtlichen Stellungen, vgl. *Druey* (Fn. 33), § 13 Rz. 18 ff.

322 Vgl. *Piotet* (Fn. 29), § 3 I B.

323 Vgl. *Karl H. Neumayer*, Eigenartiges und Altertümliches aus dem vergleichenden Erbrecht, in: *Mélanges Paul Piotet*, hrsg. v. Fritz Sturm, Bern 1990, S. 487: „Im älteren schweizerischen Recht hatten allein die Rechte beider Appenzell eine amtliche Aufsicht und Mitwirkung bei jedem Erbgang eingerichtet“ mit Verweis auf Art. 1 G vom 28. April 1861 betreffend das Erbrecht in den Äusseren Rhoden (Gesetzbuch für den Kanton Appenzell A. Rh., 1. Band, Herisau 1864, S. 231 ff.) und Art. 76 und 83 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (in der aktuellen Fassung entspricht dies: Art. 78 und Art. 86 AR-EGZGB).

bb) Von der Universalsukzession abzugrenzen ist die Frage, wie die Erben den Nachlass erwerben. Im ZGB gilt der Grundsatz des **eo-ipso-Erwerbs**³²⁴. Die Übertragung erfolgt von Gesetzes wegen und ist weder vom Wissen um den Tod des Erblassers, noch von einer Annahme (wie in Italien) und schon gar nicht von einer behördlichen Einweisung (wie in Österreich) abhängig³²⁵. Diese Frage erlangt vor allem praktische Bedeutung, wenn Erben unbekannt sind oder die Erbschaft ausschlagen³²⁶. Bis die Erben endgültig feststehen, besteht eine Übergangsphase, während welcher ein (resolutiv bedingter)³²⁷ Schwebestand herrscht³²⁸.

b) Einschränkungen und Ausnahmen

aa) Die Erben haften für die Erbschaftsschulden grundsätzlich unbeschränkt, persönlich und solidarisch (Art. 603 Abs. 1 ZGB). Das Prinzip der Universalsukzession wird im ZGB aber an einigen Stellen abgeschwächt bzw. durchbrochen³²⁹. Die **Gesamtnachfolge wird abgeschwächt** beim (1) Erbschaftserwerb durch das Gemeinwesen (Art. 592 ZGB)³³⁰, (2) bei der Annahme unter Inventar (Art. 590 Abs. 1 und 2 ZGB)³³¹ und (3) bei Bürgschaftsschulden (Art. 591 ZGB)³³².

bb) Die **Gesamtnachfolge gilt nicht** für (1) die vor Inkrafttreten des ZGB bestehenden Familienfideikommisse (Art. 335 Abs. 2 ZGB), (2)

324 Vgl. *Peter Tuor/Vito Picononi*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), Bern 1973, Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 3 ff.; *Arnold Escher*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. A., Zürich 1960, Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 6 ff.; zu Ausnahmen vgl. Art. 574, Art. 575 und Art. 566 Abs. 2 ZGB.

325 Vgl. *Tuor/Picononi* (Fn. 324), Art. 560 ZGB N 3 f.

326 Vgl. *Hermann Kirchhofer*, Erbschaftserwerb, Verwaltung und Sicherung des Nachlasses vor der Erbannahme, Basel/Stuttgart 1968, S. 8 ff.

327 Es liegt keine Resolutivbedingung im technischen Sinn vor, vgl. *Kirchhofer* (Fn. 326), 21 f.

328 Vgl. *Tuor/Picononi* (Fn. 323), Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 12 f.; *Escher* (Fn. 324), Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 7.

329 Vgl. *Tuor/Picononi* (Fn. 323), Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 8; *Escher* (Fn. 324), Vorbem. zu Art. 560-579 ZGB N 9.

330 Beschränkung der Haftung auf die Vermögenswerte.

331 Ausschluss der Haftung für nicht angemeldete Forderungen und Beschränkung der Haftung bei schuldlos nicht angemeldeten Forderungen auf die Bereicherung.

332 Beschränkung der Haftung auf den Umfang des Erbes.

bei der Ausschlagung der Erben (Art. 566 ff. ZGB)³³³ und (3) bei der amtlichen Liquidation (Art. 593 Abs. 3 ZGB).

cc) Der unmittelbare **Rechtsübergang** erfolgt nur **eingeschränkt** bei zu errichtenden Stiftungen (Art. 493 ZGB), bei nicht rechtsfähigen Personenmehrheiten (Art. 539 Abs. 2 ZGB), beim nasciturus (Art. 544 ZGB) und beim Nacherben (Art. 545 ZGB)³³⁴. In diesen Fällen ist die Erbschaft nicht herrenlos. „Der Erwerb der eingesetzten Erben wird auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs zurückbezogen (ZGB 560 III) und gegebenenfalls durch den vom Erblasser ernannten Willensvollstrecker vermittelt“³³⁵. Grundstücke können gemäß dem Bewilligungsgesetz nur Personen mit Wohnsitz im Ausland vererbt werden, wenn diese gesetzliche Erben sind, nicht aber, wenn sie eingesetzte Erben sind³³⁶.

dd) Das Prinzip der **Universalsukzession** wird sodann auch **durch das Institut des Willensvollstreckers eingeschränkt**. Die Erben erhalten zwar das Eigentum, aber der Besitz und die Verwaltung des Nachlasses wird ihnen entzogen. Der Willensvollstrecker vertritt sich nicht mit der Universalsukzession, weil er ein Institut der Singularsukzession ist³³⁷. Er stammt nicht (wie die Universalsukzession) aus dem römischen Recht, sondern wurde im kanonischen und germanischen Recht ausgebildet³³⁸.

333 Die Gesamtnachfolge kommt selbst im Falle von Art. 573 Abs. 2 ZGB (Übergabe des Liquidationserlöses einer ausgeschlagenen Erbschaft) nicht zum Zug; auf der anderen Seite haften die Erben nach Art. 579 ZGB trotz fehlender Gesamtnachfolge im Umfang von Zuwendungen, welche bei Antretung der Erbschaft der Ausgleichung unterworfen wären.

334 Vgl. BGE 100 II 101 Erw. 2 d.

335 Pra. 64 (1975) 24 Nr. 8 Erw. 2 d.

336 Eine Ausnahme für die eingesetzten Erben wird auch dann nicht gemacht, wenn keine gesetzlichen Erben vorhanden sind, vgl. BGer. vom 18. Dezember 2001 (2A.433/2001/mks).

337 Vgl. Vito Picononi, Probleme der Willensvollstreckung, ZBGR 50 (1969) 161.

338 Häufig wird der Salmann (lex salica, Tit. 46) als Vorläufer des Testamentsvollstreckers angesehen, vgl. Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band 4, Basel 1893, S. 630 f.; das ist zwar richtig, aber dessen Entstehung ist nicht direkt auf den Salmann zurückzuführen, sondern wurde vielmehr vom kanonischen Recht ausgebildet, vgl. Alexander Beck, Historisches und Rechtsvergleichendes zur Stellung des Willensvollstreckers, ZBJV 84 (1948) 17; Walter Schönfeld, Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen im Mittelalter nach sächsischen Quellen, ZRG Germ. Abt. 42 (1921) 336 f. Eine zweite Wurzel für den Testamentsvollstrecker bildet die in den Stadtrechten verbreitete Vormundschaft oder Vogtei, vgl. Karlheinz Muscheler, Die Haftungsordnung

ee) Der **Vermächtnisnehmer** erwirbt mit dem Tod des Erblassers aufgrund der Verfügung von Todes wegen einen obligatorischen Anspruch³³⁹ gegen die beschwerten Erben, sobald diese die Erbschaft angenommen haben (Art. 561 ZGB). Es handelt sich um eine Singularsukzession.

c) Ausschlagung und Annahme

aa) Der Erbe kann den Nachlass durch eine Annahme-Erklärung, durch eine Einmischung (Art. 571 Abs. 2 ZGB) oder durch eine fehlende Ausschlagung (Art. 571 Abs. 1 ZGB) annehmen. Die Ablehnung der Erbenstellung ist dann erfolgreich, wenn die Ausschlagung innert 3 Monaten (Art. 567 Abs. 1 ZGB) erfolgt. Eine begrenzte Erbenstellung erlangt man durch Annahme unter Inventar (Art. 580 ff. ZGB).

bb) Während der Ausschlagungsfrist (Art. 567 ZGB) herrscht ein **Schwebezustand**, während dem die vorläufigen Erben die notwendigen Verwaltungshandlungen vornehmen dürfen (Art. 571 Abs. 2 ZGB).

d) IPR

Die Art und Weise des Eigentumserwerbs der Erben und die Rechtsstellung der Erben innerhalb der Erbengemeinschaft wird vom **Erbstatut beherrscht**³⁴⁰. Bei der Ausschlagung ist allerdings zu differenzieren: Das Erbstatut regelt nur die Frage der Zulässigkeit und die Frist der Ausschlagung, während das **Eröffnungsstatut** die Form der Ausschlagung und die zuständige Behörde bestimmt. Die vorläufigen Verwaltungshandlungen berühren eigentlich beide Bereiche (Zulässigkeit und Form), sind aber wohl nach dem Erbstatut zu beurteilen. Die weltweite Anwendung von nationalen Regeln der Eigentumsübertragung

der Testamentsvollstreckung, (Habil. Freiburg i.Br. 1991/92) Tübingen 1994, S. 29. Ein Vollstrecker letztwilliger Verfügungen wurde erstmals im kanonischen Recht richtig ausgebildet, vgl. Schönfeld (Fn. 338), ZRG Germ. Abt. 42 (1921) 338 f.: „Im 13. Jahrhundert erhielt ... die kanonische Lehre vom Testamentsvollstrecker ... mit Hilfe der reichen Praxis des oberitalienischen, d. h. langobardischen Gewohnheitsrechts ihre abschließende Ausbildung ...“.

339 Vgl. Bruno Huwiler, Kommentar zu Art. 484-486 und 562 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Art. 484 ZGB N 3.

340 Ebenso in Deutschland, vgl. Schömmel/Bauer (Fn. 177), Rz. 47.

führt bei internationalen Nachlässen zu teilweise unlöslichen Widersprüchen³⁴¹.

5. Sicherungsmaßregeln

a) Um den Erbgang abzusichern, sind verschiedene Sicherungsmaßregeln vorgesehen. Mit der (vom kantonalen Recht geregelten) **Siegelung der Erbschaft** (Art. 552 ZGB)³⁴² und der Aufnahme eines **Sicherungsinventars** (Art. 553 ZGB) soll verhindert werden, dass Vermögenswerte verschwinden.

b) Mit der **Erbschaftsverwaltung** (Art. 554 ZGB) sollen abwesende und unmündige Erben geschützt werden und es soll die notwendige Zeit zur Verfügung stehen, um die **Erben zu ermitteln** (Art. 555 ZGB). Diese Aufgabe wird grundsätzlich dem früheren Vormund des Erblassers bzw. dem von ihm eingesetzten Willensvollstrecker übertragen.

c) Jedes **Testament** ist an die zuständige Behörde **einzuliefern** (Art. 556 ZGB) und wird von dieser binnen Monatsfrist **eröffnet** (Art. 557 ZGB). Die Eröffnungsverfügung, von welcher alle an der Erbschaft Beteiligten³⁴³ eine Abschrift erhalten (Art. 558 ZGB), bewertet die eingereichten Dokumente (ob es sich um eine gültige letztwillige Verfügung handelt) und stellt (prima facie) fest, wie die Verfügungen des Erblassers zu verstehen sind³⁴⁴. Dieser Auslegung kommt allerdings keine materielle Rechtskraft zu³⁴⁵. Die Kantone können auch die Einlieferung von Erbverträgen zulassen³⁴⁶. Eheverträge können ebenfalls eingeliefert

341 Vgl. *Andrea Egger*, *Le transfert de la propriété dans les successions internationales*, (Diss. Neuenburg) Genf 1982 (= SSIR 26), S. 115 ff.

342 Vgl. *Martin Karrer*, Kommentar zu Art. 517-518 und 551-559 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, Basel 1998, Art. 552 ZGB N 1: „*Siegelung bedeutet Anlegen eines Amtssiegels durch einen Behördenvertreter an Nachlassgegenständen, am Behältnis, in welchem sie liegen, am Möbel bzw. Raum, in dem sie sich befinden*“.

343 Gesetzliche und eingesetzte Erben, Nach- und Ersatzerben, Vermächtnisnehmer, Auflagenberechtigte, nutznießungsberechtigter Ehegatte, Willensvollstrecker, gesetzliche Vertreter, Vormundschaftsbehörde usw., vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 558 ZGB N 2.

344 Vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 557 ZGB N 11.

345 Vgl. ZR 68 (1969) 328 Nr. 133.

346 Vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 556 ZGB N 11.

werden, obwohl dies im ZGB nicht vorgesehen ist, und sie werden häufig gemeinsam mit einem Erbvertrag eröffnet³⁴⁷.

d) **IPR**³⁴⁸: Für die Sicherungsmaßregeln über den Nachlass eines ausländischen Erblassers³⁴⁹ ist grundsätzlich der Richter am letzten Wohnort zuständig³⁵⁰ und sie richten sich nach dem Eröffnungsstatut. Innerhalb der Schweiz ist die Behörde am letzten Wohnort des Erblassers für sämtliche Sicherungsmaßregeln zuständig (Art. 538 Abs. 1 und 551 ZGB). Das kantonale Recht bezeichnet die einzelnen Behörden (vgl. Anhang 1). Wenn ein Testament an eine unzuständige Behörde eingeliefert wird, muss es von dieser an die zuständige Behörde weitergeleitet werden.

6. Handeln für den Nachlass

a) Eine Mehrheit von Erben bilden notwendigerweise eine Gemeinschaft, die **Erbengemeinschaft** (Art. 602 Abs. 1 ZGB)³⁵¹. Dabei handelt es sich um eine Gesamthandsgemeinschaft³⁵², deren Regeln sich teilweise aus dem Erbrecht ergeben und teilweise aus dem Sachenrecht (Art. 652-654 ZGB) stammen.

b) Die **wichtigsten Regeln** lauten: Der einzelne Erbe hat „*keine individuellen Titel an der Erbschaft*“³⁵³, die Erben sind vielmehr Eigentümer zur gesamten Hand und können nur gemeinsam über die Erbschaft verfügen (Art. 602 Abs. 2 ZGB)³⁵⁴ und sie auch nur gemeinsam verwalten. Jeder Erbe haftet solidarisch und persönlich mit seinem ganzen Vermögen (Art. 603 ZGB). Die Handlungsfähigkeit kann (recht-

347 Vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 556 ZGB N 15.

348 Vgl. dazu allgemein *Gerardo Brogini*, *Le successioni nei rapporti italo-svizzeri: competenza di autorità svizzere e italiane per la pubblicazione di testamenti e per emanare provvedimenti conservativi*, in: *Temi scelti di diritto ereditario*, Lugano 2002, S. 143 ff.

349 Die Staatsangehörigkeit spielt dabei keine Rolle, vgl. *Marxer* (Fn. 188), S. 137.

350 Für eine Erbschaftsverwaltung ist das Gericht am letzten Wohnsitz zuständig, vgl. BGer. SJ 124 (2002) I 366.

351 Vgl. *Druey* (Fn. 33), § 4 Rz. 9; *Piotet* (Fn. 29), § 3 II.

352 Vgl. *Tuor/Picenoni* (Fn. 323), Vorbem. zu Art. 602-606 ZGB N 7; *Escher* (Fn. 324), Art. 602 ZGB N 2.

353 *Druey* (Fn. 33), § 4 Rz. 9.

354 Vgl. PKG 1983, 64 Nr. 11: Teilnahme aller Erben an der Vermittlungshandlung; *Escher* (Fn. 324), Art. 602 ZGB N 12; *Piotet* (Fn. 29), § 84 II B.

lich oder faktisch³⁵⁵) verbessert werden durch den Einsatz eines Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB)³⁵⁶, Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) oder sonstigen Vertreters (Bevollmächtigten) der Erben (Art. 32 ff. OR).

c) Nach Art. 602 Abs. 2 ZGB gilt der **Grundsatz der freien Erbschaftsverwaltung**, d. h. die Erben können den Nachlass selbst gesamthänderisch verwalten³⁵⁷. Das Gesetz schreibt – im Gegensatz zu anderen Gesamthandgemeinschaften – keine notwendigen Organe vor³⁵⁸. Die Verwaltung kann durch gesetzliche oder vom Erblasser angeordnete Verwaltungs- und Verfügungsrechte eingeschränkt sein³⁵⁹. Die Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB) stellt eine derartige, wichtige Einschränkung dar.

d) Das gemeinsame Handeln der Erbengemeinschaft kennt eine ganze Reihe von **Ausnahmen**: (1) Nach Art. 65 Abs. 3 SchKG können Betreuungsurkunden einem einzelnen Erben zugestellt werden. (2) Nach Art. 145 Abs. 2 OR kann ein einzelner Erbe, der von einem Erbschaftsgläubiger aufgefordert wird, eine Nachlassschuld zu bezahlen, die Einnahmen aller Erben entgegenhalten³⁶⁰. (3) Bei Dringlichkeit, kann ein einzelner Erbe alleine handeln³⁶¹. (4) Auskünfte von Miterben oder Dritten (Banken usw.) kann jeder Erbe alleine einholen (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB). (5) Ein einzelner Erbe kann die Einsetzung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) verlangen. (6) Ein Erbe kann alleine Vollmachten über den Tod hinaus widerrufen³⁶².

355 Neben der fehlenden Einstimmigkeit der Erben ist auch an abwesende oder unbekannte Erben zu denken, vgl. ZR 67 (1968) 366 Erw. 1 Nr. 123.

356 Vgl. AR GVP 1988, 118 Nr. 1083 (RR); Heinz Hausheer, *Erbrechtliche Probleme des Unternehmens*, (Habil. Bern) Bern 1970 (= ASR 399), S. 73: Der Willensvollstreckter soll „*Uneinigkeit unter den Erben verhindern oder überbrücken helfen. Er soll für einen geordneten Ablauf des Erbanges ... besorgt sein*“.

357 Vgl. Escher (Fn. 324), Art. 602 ZGB N 12.

358 Vgl. Tuor/Picenoni (Fn. 324), Art. 602 ZGB N 21.

359 Vgl. BGE 90 II 381 Erw. 2: Dem Willensvollstreckter steht „*das Recht zur Verwaltung des Nachlasses und den mit dessen Abwicklung verbundenen Verfügungen ausschließlich zu und ist den Erben für die Dauer der Willensvollstreckung entzogen (Art. 602 Abs. 2 ZGB)*“; BGE 48 II 311 Erw. 1: „*Durch die Ernennung eines Willensvollstreckers werden die Rechte der Erben am Nachlass ähnlich wie durch eine Auflage eingeschränkt*“.

360 Vgl. Piotet (Fn. 29), § 85 III.

361 Vgl. BGE 74 II 215, BGE 73 II 162 und BGE 58 II 195.

362 Vgl. Zäch (Fn. 159) Art. 35 OR N 73.

e) IPR: Die Verwaltung der Erbschaft ist eine Frage, welche im internationalen Verhältnis vom **Eröffnungsstatut** geregelt wird³⁶³.

f) Die **postmortalen Vollmachten** (Art. 35 OR) werden in der Schweiz als Rechtsgeschäfte unter Lebenden angesehen³⁶⁴. Wenn sie für Geschäfte verwendet werden, welche formbedürftig sind (z. B. Grundstückskauf), ist auch die Vollmacht einer gewissen Form unterworfen (z. B. schriftliche Vollmacht für den Grundstückskauf)³⁶⁵. Dies bedeutet, dass für sie die Wahl des Gerichtstands und Rechts (Art. 5 und Art. 116 IPRG und Art. 17 LugÜ) möglich ist. Die postmortale Vollmacht ist formgültig, wenn sie dem anwendbaren Recht entspricht (Art. 124 IPRG).

7. Erbteilung

a) Nach Art. 607 Abs. 2 ZGB gilt der **Grundsatz der freien Erbteilung**, welcher auch von den mitwirkenden Behörden (Art. 609 ZGB)³⁶⁶ und vom Willensvollstreckter³⁶⁷ zu beachten ist. Freie Erbteilung bedeutet, dass die Erben ihre Erbanteile selbst aus dem Nachlass zusammenstellen können³⁶⁸: „*Die Erben bestimmen ... (1) ob, (2) wann, (3) wie, (4) zu welchem Anrechnungswert ... geteilt wird*“³⁶⁹. Hintergrund für dieses Prinzip bildet der in Art. 607 Abs. 1 ZGB festgehaltene und in Art. 610 Abs. 1 ZGB für einen besonderen Fall wiederholte Grundsatz der Gleichbehandlung (Gleichberechtigung) der Erben³⁷⁰ bei der Teilung:

363 Vgl. Schnyder (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 8.

364 Vollmachten auf den Todesfall unterstehen dagegen den strengeren Formvorschriften von Verfügungen von Todes wegen, vgl. Zäch (Fn. 159), Art. 35 OR N 70.

365 Vgl. Zäch (Fn. 159), Art. 33 OR N 57.

366 Vgl. dazu ZR 91 (1991/92) 114 ff. Nr. 31; AGVE 1990, 26: Die für die Erbengläubiger mitwirkende Behörde nimmt die Stelle des gepfändeten Erben ein und hat daneben die Freiheit der Erbteilung zu beachten, darf also die Leitung der Teilung nicht übernehmen.

367 Vgl. BGE 108 II 537 Erw. 2a: Der Willensvollstreckter muss „*Art. 607 Abs. 2 ZGB beachten, wonach gesetzliche und eingesetzte Erben die Teilung frei vereinbaren können*“.

368 Vgl. BGE 114 II 419 Erw. 2a, wo daneben auch auf Art. 634 Abs. 1 ZGB verwiesen wird; RVJ 1988, 298 c. 4a: „*Autant donc que les héritiers sont d'accord au sujet du partage, seule leur volonté importe*“.

369 Breitschmid (Fn. 116), S. 141 f.

370 Vgl. Breitschmid (Fn. 116), S. 123 f., welcher folgende Ausnahmen nennt: Interessengebundene Verwaltung ist zulässig, wenn eine Teilungsvorschrift zu vollziehen ist oder wenn ein Erbe an der Verwaltung eines ihm zugedachten Unternehmens beteiligt wird.

Grundsätzlich haben alle Erben den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft³⁷¹.

b) Das Gesetz enthält verschiedene **Vorschriften zur Teilung der Erbschaft**, wie (1) Zuweisungsregeln³⁷², (2) Regeln über die Mitwirkung von Behörden bei der Losbildung (Art. 611 ff. ZGB)³⁷³ und (3) die amtliche Mitwirkung aufgrund kantonalen Rechts (Art. 609 Abs. 2 ZGB). Diese Vorschriften dürfen die freie Erbteilung nicht einschränken³⁷⁴. Die Erben können die Mitwirkung der Behörden aufgrund kantonalen Rechts dennoch nicht verhindern, außer wenn ein Willensvollstrecker tätig ist³⁷⁵.

c) **Teilungsvorschriften**: Wenn der Erblasser Teilungsvorschriften getroffen hat, sind diese unter Vorbehalt der Ausgleichung verbindlich (Art. 608 Abs. 1 und 2 ZGB). Gleichzeitig wird vermutet, dass der Erblasser mit der Zuteilung von bestimmten Gütern kein Vorausvermächtnis vornehmen wollte (Art. 608 Abs. 3 ZGB). Die Wirksamkeit der Teilungsvorschriften wird immer noch diskutiert, vor allem in jenem Fall, in welchem ein Willensvollstrecker beauftragt ist, die Teilungsvorschriften zu vollziehen. Angesichts der Freiheit der Erbteilung hat der Willensvollstrecker aber vorsichtig zu agieren und kann den Willen des Erblassers nicht in jedem Fall durchsetzen.

d) Wenn keine Teilungsvorschriften vorhanden sind, hat grundsätzlich jeder Erbe den gleichen Anspruch auf die Gegenstände (Art. 610 Abs. 1 ZGB) und diese sind in natura zu verteilen. Die Erben bilden

371 Vgl. BGE 112 II 211 Erw. 2b: Versteigerung vor Klärung der güterrechtlichen Teilung ist unzulässig; BGE 100 II 443 f. Erw. 4; BGE 97 II 20 Erw. 4: Gleichwertige Aufteilung von Losen.

372 Vgl. Art. 612a (überlebender Ehegatte), Art. 613a ZGB (Pächter), Art. 611 Abs. 2 und Art. 613 Abs. 3 ZGB (persönliche Verhältnisse); BGE 81 II 596 Erw. 2c: „Die (sc. inzwischen durch das BG vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht [SR 211.412.11] aufgehobenen) Art. 620 ff. ZGB schaffen eine Ausnahme von dem in Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 ZGB aufgestellten Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben“.

373 Vgl. BGE 94 II 239 f. Erw. 5: Einem Erben kann die Bildung von Stockwerkeigentum nicht aufgezwungen werden.

374 Vgl. BGE 114 II 420 Erw. 2b: „Die kantonalen Vorschriften betreffend die Mitwirkung bei der Erbteilung dürfen das das Zivilgesetzbuch beherrschende Prinzip der freien privaten Teilung nicht beeinträchtigen“; Tuor/Picenoni (Fn. 324), Art. 609 ZGB N 23.

375 Vgl. Escher (Fn. 324), Art. 609 ZGB N 23; Tuor/Picenoni (Fn. 324), Art. 609 ZGB N 23.

Lose und sie schließen die Teilung mit der Entgegennahme der Lose ab (**Realteilung** – Art. 611 ZGB).

e) Die Erben können statt dessen die Teilung mit dem (schriftlichen) **Teilungsvertrag** (Art. 634 ZGB) abschließen. Bei der Abfassung des Teilungsvertrags ist darauf zu achten, dass in vielen Ländern die Grundstücke zwingend vom lokalen Recht geregelt werden. Dies bedeutet, dass die Formulierung und (sogar) die Form dieses Vertrags sich danach ausrichten sollten. Es ist vorzusehen, dass die Parteien sich dazu verpflichten, die Zustimmung zu den notwendigen lokalen Verfahrensschritten (zum Beispiel: Anträgen an ein Gericht) zu geben und es ist unter Umständen die öffentliche Beurkundung vorzusehen³⁷⁶.

f) Vorbezüge haben die Erben im Rahmen der Erbteilung **auszugleichen** (Art. 626 ZGB). Die gesetzlichen Erben haben alles auszugleichen, was ihnen der Erblasser in Anrechnung auf ihren Erbteil zukommen ließ. Bei den Nachkommen wird die Ausgleichspflicht für Heiratsgut, Ausstattung, Vermögensabtretung oder Schulderlass vermutet (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Andere gesetzliche Erben sind im Zweifel nicht ausgleichspflichtig (Art. 631 Abs. 1 ZGB). Eingesetzte Erben sind nur ausgleichspflichtig, wenn dies vom Erblasser angeordnet wurde. Die Ausgleichung kann durch Anrechnung des Vorempfangs erfolgen oder durch Realausgleichung. Der Erbe kann die Ausgleichung gegebenenfalls durch Ausschlagung des Erbes vermeiden.

g) Wenn sich die Erben nicht einigen können, stehen ihnen verschiedene **Klagen** zur Verfügung, um die Situation zu klären: zur Anfechtung des Testaments die Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB), zur Geltendmachung der Pflichtteile die Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB), zur Herausgabe von Legaten die Vermächtnisklage (Art. 562 ZGB), zur Beendigung der erfolglosen Teilungsverhandlungen die Teilungsklage (Art. 604 ZGB), die Anfechtung der Enterbung (Art. 479 ZGB), die Geltendmachung der Erbnwürdigkeit (Art. 540 ZGB) und ein Streit über die Auslegung des Testaments. Gegenüber Dritten wird die Erbschaftsklage geltend gemacht, um das Erbgut einzufordern (Art. 598 ff. ZGB).

h) **IPR**: Die Erbteilung betrifft die materiell-rechtliche Stellung der Erben und wird vom Erbstatut geregelt. Das gilt insbesondere auch für den Vollzug von Teilungsvorschriften, die Realteilung und den Teilung

376 Vgl. Wolf (Fn. 289), S. 34 (Brasilien).

lungsvertrag. Das Eröffnungsstatut kann bei der Mitwirkung des Willensvollstreckers und bei der Mitwirkung der Erbschaftsbehörden zum Zug kommen.

8. Nachfolge im Unternehmen

a) Personengesellschaft

aa) In Personengesellschaften werden als Planungsinstrument verschiedenartige Klauseln in die Gesellschaftsverträge aufgenommen³⁷⁷, nämlich **Fortsetzungs-**³⁷⁸, **Eintritts-**³⁷⁹, **Nachfolge-**³⁸⁰ **und Konversionsklauseln**³⁸¹, welche möglichst sinnvolle Kündigungs- und Auszahlungsbedingungen enthalten³⁸². Diese Klauseln müssen die Form der

377 Zu einem Überblick der gesellschaftsrechtlichen Instrumente vgl. *Hans Rainer Künzle*, Business Succession Planning, in: Festschr. für Kurt Siehr, hrsg. v. Peter Weber, Marc Weber und Hans Rainer Künzle, Zürich 2001, S. 135 ff.

378 Vgl. BGE 95 II 547; Die Fortsetzungsklauseln sehen üblicherweise vor, dass die Kündigung oder der Tod eines Gesellschafters kein Grund zur Auflösung der Gesellschaft ist, sondern bloß Anlass zum Ausscheiden des Kündigenden/Verstorbenen sein soll, während die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, vgl. *Heinz Hausheer*, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, ZBJV 105 (1969) 134 f.; *Simon Federer*, Nachfolgeprobleme erkennen und lösen für Klein- und Mittelunternehmen, *Der Treuhander* 1994, 198; *Paul Eitel*, Zivilrechtliche, insbesondere güter-, erb- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmensnachfolge, recht 2003 Sondernummer.

379 „Mit der Eintrittsklausel wird einem Bedachten der Anspruch eingeräumt, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden. Die Gesellschafter verpflichten sich hierbei, den Bedachten bei einer dementsprechenden Willensäußerung in die Gesellschaft aufzunehmen“ (*Lucius Dürr/Bruno Gutknecht/Peter Platzer/Franziska Schauwecker/Pierre Alain Schranz*, Der Unternehmer und das neue Erbrecht, 2. A., Muri 1988, S. 89); auch diese Klausel kann den Fortbestand nicht absolut sichern, dieser hängt vielmehr vom Willen des Bedachten ab, denn eine Eintrittspflicht wäre ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, vgl. *Hausheer* (Fn. 378), ZBJV 105 (1969) 135 ff.

380 „Die Nachfolgeklausel soll die Mitgliedschaft eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters übertragbar machen ... Auch die Rechtsnatur der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft steht ihrer Vererbung nicht entgegen“ (*Hausheer* [Fn. 378], ZBJV 105 [1969] 138), weiter vgl. *Dürr/Gutknecht/Platzer/Schauwecker/Schranz* (Fn. 378), S. 89.

381 „Dieser Klausel zufolge soll die Mitgliedschaft eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters nur in Form einer Kommanditistenstellung vererbt werden. Bis zur Erbteilung wird die Erbengemeinschaft Kommanditärin“ (*Hausheer* [Fn. 378], ZBJV 105 [1969] 141).

382 Vgl. *Arthur Bürgi/Dieter Bräutigam/Jeannette Ganz/Urs Hasler*: Die Lösung der Nachfolge in Klein- und Mittelbetrieben, Bern 1993, S. 11; *Dürr/*

letztwilligen Verfügungen erfüllen, wenn sie inhaltlich als Verfügungen von Todes wegen qualifiziert werden³⁸³. Wenn die Gesellschaft ohne die Erben fortgesetzt wird, fällt der Abfindungsanspruch in den Nachlass³⁸⁴.

bb) Bei internationalen Sachverhalten stellt sich die Frage, ob die erwähnten Klauseln, welche im Gesellschaftsvertrag einer ausländischen Gesellschaft enthalten sind, sich nach dem **Gesellschaftsstatut** richten (Einzelstatut – Recht des Staates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde [Art. 154 Abs. 1 IPRG]) oder nach dem **Erbstatut** (Gesamtstatut). Grundsätzlich ist primär das Gesellschaftsstatut anwendbar. Ob eine oder mehrere Klauseln als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren sind, wird vom Erbstatut bestimmt, ähnlich wie man in diesem Fall auch die (strengeren) erbrechtlichen Formvorschriften anwendet³⁸⁵.

b) Aktiengesellschaft

aa) Bei der Aktiengesellschaft kann die Unternehmensnachfolge entweder erbrechtlich geregelt werden, insbesondere durch **Teilungsvorschriften** (Art. 608 Abs. 1 ZGB), aber auch vertraglich, insbesondere durch **Aktionärbindungsverträge** mit verschiedenen Rechten, wie Andien-, Kaufs-, Vorkaufs-, Mitverkaufs-, Rückkaufs- und anderen Rechten³⁸⁶.

Gutknecht/Platzer/Schauwecker/Schranz (Fn. 378), 89; die Auszahlung bringt häufig Finanzierungsprobleme mit sich, vgl. *Hausheer* (Fn. 377), ZBJV 105 [1969] 135.

383 Vgl. BGE 119 II 119 (Abfindungsklausel); BGE 113 II 270 (Abfindungsklausel); *Hausheer/Pfäffli*, (Fn. 53), ZBJV 130 (1994) 38 ff.; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung vgl. ZBJV 130 (1994) 43: Die Form der letztwilligen Verfügung ist notwendig, „wenn die Klausel dahin geht, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters mehr belastet werden, als der Erblasser selber belastet wäre, wäre er zu seinen Lebzeiten aus der Gesellschaft ausgeschieden“.

384 Vgl. *Hausheer* (Fn. 378), ZBJV 105 [1969] 134 f.: Zur Auszahlung der Abfindung kommt es bei der Fortsetzungsklausel und wenn ein Bedachter von der Eintrittsklausel keinen Gebrauch macht.

385 Vgl. *Jolanta Kren Kostkiewicz*, Verhältnis zwischen Erb- und Gesellschaftsstatut bei Personengesellschaften, in: Internationales Erbrecht, Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen vom 9. November 2001, St. Gallen 2001, S. 18 ff.

386 Zu denken ist etwa an Gewinnanteilsrecht, Verbot der verdeckten Gewinnentnahme, Mindestdividende, Mitwirkungs- und Einsichtsrechte usw., vgl. *Max Kummer*, Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhal-

bb) IPR: Teilungsvorschriften richten sich nach dem Erbstatut, Aktionärbindungsverträge nach dem Vertragsstatut. Ob die im Aktionärbindungsvertrag enthaltenen Rechte als Verfügungen von Todes wegen zu qualifizieren sind, wird ebenfalls vom Erbstatut bestimmt.

9. Willensvollstreckung

a) Ernennung

Der Willensvollstrecker muss handlungsfähig sein (Art. 517 Abs. 1 ZGB). Er muss weder Wohnsitz in der Schweiz haben³⁸⁷ noch schweizerische Nationalität³⁸⁸ oder eine besondere Befähigung³⁸⁹. Er darf sich nicht in einer Interessenskollision befinden, was im Einzelfall abgeklärt wird und somit weder Erben, noch Testamentszeugen oder Urkundspersonen per se ausschließt³⁹⁰. **Der Erblasser ernennt den Willensvollstrecker durch eine letztwillige Verfügung** (nicht: Erbvertrag)³⁹¹. Nur der Erblasser kann den Willensvollstrecker ersetzen³⁹² und zwar eben-

tung der Familienunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Bern 1972, 112 ff.; *Erika Salzgeber-Dürig*, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970, 163 ff.; *Peter Herzog*, Die Unternehmung in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern 1997, 201; *Thomas Staehelin*, Nachfolge im Familienunternehmen, insbesondere gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, in: Güter- und erbrechtliche Planung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 115 ff.; *Men Rauch*, Generationenwechsel und Nachfolgeplanung im Unternehmen, CH-D Wirtschaft 6/2000, 10; *Favre Pascal*, Le chef d'entreprise familiale, son régime matrimonial et ses conséquences pour la pérennité de l'entreprise, ST 1997, 302 ff.; *ders.*, Le droit des sociétés anonymes et la transmission des entreprises de famille, ST 1997, 455 ff.; *ders.*, La succession dans une entreprise de famille: la position de l'hoirie, ST 1997, 543 ff.; *Paul Eitel* (Fn. 378) 18 f.

387 Vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 517 ZGB N 8: „Personen mit Wohn- bzw. Geschäftssitz im Ausland“.

388 Vgl. ZBJV 27 (1891) 267 Nr. 1: „Drei in Bern wohnhafte Bürger französischer Nationalität“.

389 Vgl. *Künzle* (Fn. 141), S. 137 f.

390 Vgl. *Künzle* (Fn. 141), S. 139 f.

391 Vgl. ZBJV 80 (1944) 39: „Ein Willensvollstrecker kann nur durch letztwillige Verfügung bestellt werden. Ist die Einsetzung eines Willensvollstreckers in einem Erbvertrag enthalten, so hat sie doch die Bedeutung einer (widerruflichen) letztwilligen Verfügung“; *Druey* (Fn. 33), § 14 Rz. 65; *Piotet* (Fn. 29), § 24 II A.

392 Vgl. *Druey* (Fn. 33), § 14 Rz. 72; *Piotet* (Fn. 29), § 24 II A.

falls nur durch letztwillige Verfügung³⁹³. Die Kompetenz, einen Ersatz zu bestimmen, kann weder auf den ersten Willensvollstrecker³⁹⁴, noch auf einen Dritten übertragen³⁹⁵, auch nicht der Aufsichtsbehörde³⁹⁶ oder dem Richter überlassen werden³⁹⁷.

b) Annahme

Nach dem Tod des Erblassers wird die Ernennung dem Willensvollstrecker von der zuständigen (kantonalen) Behörde am Wohnort des Erblassers (Art. 538 ZGB)³⁹⁸ von Amtes wegen mitgeteilt (Art. 517 Abs. 2 ZGB)³⁹⁹. Vor⁴⁰⁰, bei bzw. sofort nach der Eröffnung der letztwilligen Verfügung wird dem Willensvollstrecker eine Frist von 14 Tagen angesetzt, innert welcher er seine Ernennung frei annehmen oder ablehnen kann (Art. 517 Abs. 2 ZGB)⁴⁰¹. Die Annahme durch den Willensvollstrecker (an die mitteilende Behörde) kann **formfrei** erklärt werden. Stillschweigen wird als Annahme gewertet (Art. 517 Abs. 2 ZGB). Die Ernennung wird im Zeitpunkt der Annahme wirksam, vor der Annahme getätigte Handlungen können (nachträglich) genehmigt⁴⁰² werden.

c) Ausweis

Die zuständige kantonale Behörde⁴⁰³ hat dem Willensvollstrecker auf

393 Vgl. *Extrahits* 1962, 25; BGer. ASA 41 (1972/73) 343 Nr. 35.

394 Vgl. *Karrer* (Fn. 341), Art. 518 ZGB N 15; anders § 2199 Abs. 2 BGB: Der Testamentsvollstrecker kann seinen Nachfolger bestimmen.

395 Vgl. OGer. ZH vom 16.11.1994 Erw. 2 b χ (3), AJP 5 (1996) 87; ZR 91/92 (1992/93) 237 Erw. III 2 b a Nr. 64; *Karrer* (Fn. 341), Art. 518 ZGB N 15.

396 Vgl. SOG 1994, 34 Nr. 10.

397 Vgl. *Peter Breitschmid*, Willensvollstrecker: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstrecker, der das Mandat zwar niederlegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid-Besprechung), AJP 5 (1996) 87.

398 Vgl. *Karrer* (Fn. 342), Art. 517 ZGB N 11.

399 Vgl. SJZ 13 (1916/17) 93 Nr. 71.

400 Vgl. *Weber* (Fn. 40), AJP 6 (1997) 554.

401 Vgl. *Bernhard Riggenschach*, Die Eröffnung und Mitteilung letztwilliger Verfügungen, ZSR 65 (1946) 13.

402 Vgl. *Piotet* (Fn. 29), § 24 II C.

403 Die Zuständigkeit ist meist nicht ausdrücklich geregelt, was aber nichts schadet, vgl. BGE 91 II 181 Erw. 2: „Welche Behörde oder Amtsstelle zuständig sei, ... ist im ZGB nicht bestimmt, steht also der kantonalen Rechtsordnung anheim. Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass dies (nach ausdrücklicher Gesetzesnorm oder auch beim Fehlen einer solchen) als Aufgabe des Erbschaftsamtes betrachtet wird“; örtlich zuständig ist [wie

Wunsch einen Ausweis⁴⁰⁴ (eine Bescheinigung) über seine Einsetzung abzugeben⁴⁰⁵. Der Willensvollstreckerausweis wird in der Praxis sogar schon vor der Eröffnung ausgestellt⁴⁰⁶.

d) Besitz, Verwaltung und Nutzung

Der Willensvollstreckter erwirbt kein Eigentum am Nachlass⁴⁰⁷, er erlangt aber eine besondere Stellung, welche ihn berechtigt, den Besitz, die Verwaltung und die Nutzung⁴⁰⁸ am Nachlass auszuüben⁴⁰⁹. Dies schränkt die Erben erheblich in der Ausübung ihres Eigentums ein, weil der Besitz und die Verwaltung des Willensvollstreckers ausschließlicher Natur sind⁴¹⁰.

für die Eröffnung – Art. 538 Abs. 1 ZGB) die Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers, vgl. VPB 43 (1979) 53 Erw. 1 Nr. 12; im internationalen Verhältnis sind darüber hinaus die Staatsverträge zu beachten.

404 Wetzl (Fn. 145), Rz. 122, weist darauf hin, dass der Inhalt des Ausweises von Kanton zu Kanton unterschiedlich ist: Auszug aus dem Testament oder der Eröffnungsverfügung bzw. Feststellung über Einsetzung; Hansjürg Bracher, Der Willensvollstreckter, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht, (Diss. Zürich 1965) Zürich 1966, S. 36 f., erwähnt, dass der Willensvollstreckter statt eines Ausweises auch das Testament oder eine beglaubigte Abschrift zusammen mit dem Todesschein vorweisen könne, um seine Stellung zu dokumentieren.

405 Vgl. BGE 91 II 181 Erw. 2, und den erstinstanzlichen Entscheid BLVGE 1965, 25; Rep. 123 (1990) 188: Ein Ausweis wird nur ausgestellt, wenn er überhaupt noch gebraucht werden kann.

406 Vgl. Weber (Fn. 40), AJP 6 (1997) 554.

407 Vgl. BGE 84 II 327: „... die dem Willensvollstreckter vom Erblasser übertragenen Befugnisse in Verbindung mit seiner gesetzlich umschriebenen Stellung (mit Einschluss der Regel des Art. 554 Abs. 2 ZGB) verschaffen ihm keine materiellrechtliche Beteiligung am Nachlass, wie sie den Erben und sonstigen erbrechtlich Bedachten zusteht“.

408 Der Nutzen gehört (als Ausfluss des Gesamthandprinzips) der Erben-gemeinschaft, vgl. Escher (Fn. 323), Art. 602 ZGB N 30; der Willensvollstreckter verwaltet aber den Nutzen, d. h. er sammelt die Erträge (zum Beispiel: Mietzinsen), um sie für die laufende Verwaltung des Nachlasses (zum Beispiel: Unterhalt einer Liegenschaft) einzusetzen bzw. bei der Erbteilung zu verteilen.

409 Vgl. Künzle (Fn. 141), S. 175.

410 Vgl. ZR 33 (1934) 311 Nr. 142: „der Erblasser hat mit der Anordnung der Willensvollstreckung den Erben zwar nicht das Recht auf die Substanz des Nachlasses, wohl aber das ihnen nach der gewöhnlichen Gestaltung zukommende Recht auf Verwaltung und Verfügung für die Dauer der Willensvollstreckung entzogen“.

e) Aufgaben

Der Willensvollstreckter hat zunächst die Aufgabe, den Nachlass zu verwalten. In diesem Rahmen hat er ein Inventar zu erstellen und er ist verpflichtet (und berechtigt), Forderungen einzuziehen und Schulden zu bezahlen sowie das Vermögen zu erhalten⁴¹¹. Der Willensvollstreckter hat sodann bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung mitzuwirken, die Vermächtnisse auszurichten, die Teilung vorzubereiten und schließlich durchzuführen (nach Zustimmung aller Erben bzw. in Vollziehung eines Erbteilungsurteils) abzuwickeln.

f) Aufsicht

Aus Art. 518 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB wird abgeleitet, dass der Willensvollstreckter einer Aufsicht untersteht⁴¹². Diese Anordnung des Gesetzes ist zwingend⁴¹³. Die zuständige Behörde wird von den Kantonen bestimmt⁴¹⁴, meist im EG zum ZGB⁴¹⁵. Interkantonal ist die Behörde am Ort des letzten Wohnsitzes des Erblassers zuständig (Art. 538 Abs. 1 und Art. 551 Abs. 1 ZGB)⁴¹⁶ und nicht etwa diejenige am Sterbeort⁴¹⁷ oder am Wohnsitz des Willensvollstreckers⁴¹⁸. Auch im internationalen Verhältnis gilt die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers⁴¹⁹.

g) Formstatut

Die Form der Einsetzung eines Willensvollstreckers beurteilt sich nach dem Formstatut. Da die Ernennung im Rahmen eines Erbvertrags im internationalen Verhältnis Fragen aufwerfen kann, ist zu empfehlen, schon in der Formulierung klar zum Ausdruck zu bringen, dass es sich um eine einseitige Erklärung handelt. Weiter ist im deutsch-schweizerischen Verhältnis die Gültigkeit einer solchen Ernennung in einem

411 Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Fn. 137), § 62 III d.

412 Vgl. BGE 90 II 379 Erw. 1; BGE 66 II 150 Erw. 2; Druey (Fn. 33), § 14 Rz. 45; Karrer (Fn. 342), Art. 518 ZGB N 97.

413 Vgl. OGer. ZH vom 16.11.1994, AJP 5 (1996) 90; Karrer (Fn. 342), Art. 518 ZGB N 97 und Art. 595 ZGB N 20.

414 Vgl. Art. 54 SchlT; SOG 1994, 33 Erw. 1 Nr. 10.

415 Zur Zuständigkeit vgl. die Auflistungen bei Künzle (Fn. 141), S. 394 f. Fn. 266 und 267.

416 Vgl. AGVE 1949, 246 Nr. 25; Karrer (Fn. 342), Art. 518 ZGB N 106.

417 Vgl. Druey (Fn. 33), § 14 Rz. 14.

418 Vgl. SZ EGV 1966, 45 Erw. 5.

419 Vgl. Art. 86 i.V.m. Art. 92 Abs. 2 IPRG.

öffentlich beurkundeten Testament schon bezweifelt worden, weil die Urkundsperson das Dokument dem Erblasser nicht vorgelesen, sondern (nur) zum Lesen gegeben hat⁴²⁰. Deshalb sollte bei der Beurkundungsformel auch auf die Formvorschriften in einem möglichen Zielland geachtet werden.

h) Eröffnungsstatut

Art. 92 Abs. 2 IPRG erwähnt, dass das (keine Rechtswahl vorsehende)⁴²¹ Eröffnungsstatut auf die Willensvollstreckung anwendbar ist. Damit ist jedenfalls die **Annahme seines Amtes** (inkl. Ausstellung eines Ausweises) **und die Aufsicht über den Willensvollstrecker** gemeint⁴²². Wenn ein schweizerisches Gericht zuständig ist, kommt schweizerisches Recht zur Anwendung und zwar unabhängig vom Ort, wo sich die Nachlassgegenstände befinden. Bei Grundstücken kann es Ausnahmen geben (Art. 86 Abs. 2 IPRG) und die fehlende Anerkennung des Ausweises kann zu Einschränkungen führen.

i) Erbstatut

Daneben wird die Ansicht vertreten, dass der Inhalt und die Rechtswirkungen der Willensvollstreckung vom Erbstatut beherrscht werden⁴²³. Dazu sollen seine Rechtsstellung im Verhältnis zu den Erben gehören⁴²⁴ und seine Aufgaben, insbesondere die Verwaltung des Nachlasses und die Vorbereitung der Teilung. Diese Aufteilung führt allerdings zu problematischen Situationen und sie sollte deshalb vermieden, der Willensvollstrecker also vollständig vom Eröffnungsstatut beurteilt werden⁴²⁵. Beispiel: Wenn ein vom Bezirksgericht Zürich eingesetzter Willensvollstrecker eines englischen Staatsangehörigen, welcher sein Heimatrecht gewählt hat, um von schweizerischen Pflichtteilen befreit zu werden, in der Schweiz Grundstücke übertragen muss und dabei als englischer executor gilt, wird er es unnötig schwer haben. Auf den Willensvollstrecker passt an sich nur das Belegenheitsstatut. Das Erbstatut ist nur maßgebend für die Frage, ob überhaupt ein Wil-

420 Vgl. Wolf (Fn. 289), S. 20.

421 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 86 IPRG N 8.

422 Vgl. Bucher (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 154.

423 Vgl. Bucher (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 154, Schnyder (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 5 und N 8; Karrer (Fn. 341), Vorbem. zu Art. 517-518 ZGB N 14.

424 Vgl. Schnyder (Fn. 185), Art. 92 IPRG N 5.

425 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 92 IPRG N 20; BBL 1983 I 390.

lensvollstrecker ernannt werden darf⁴²⁶, und auf welche Art das Eigentum auf die Erben übergeht⁴²⁷.

j) Willensvollstreckerausweis

Bezüglich der Anerkennung des Willensvollstreckerausweises ist weder das Luganer Übereinkommen⁴²⁸, noch das Brüsseler Übereinkommen⁴²⁹, oder ein Staatsvertrag anwendbar⁴³⁰. Nach Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG werden ausländische Nachlass-Urkunden anerkannt, wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers ausgestellt oder anerkannt wurden oder im Staat, dessen Recht der Erblasser gewählt hat.

k) Ausländische Vollstrecker

Wenn ein Erblasser im Ausland verstirbt, bestimmt gewöhnlich das ausländische Kollisionsrecht⁴³¹, welches Recht auf den Vollstrecker der letztwilligen Verfügung anwendbar ist⁴³². Der ausländische Vollstrecker untersteht gewöhnlich dem ausländischen (materiellen) Recht, er erhält von ausländischen Behörden einen Ausweis und wird von den ausländischen Aufsichtsbehörden überwacht⁴³³. Wenn der **nach ausländischem Recht zu beurteilende Vollstrecker in der Schweiz tätig** werden will und seine Rechtsstellung von derjenigen des Willensvollstreckers stark abweicht⁴³⁴, muss diese **den schweizerischen Ver-**

426 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 92 IPRG N 21; BBL 1983 I 382.

427 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 92 IPRG N 10 und 21.

428 Vgl. Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ - SR 0.275).

429 Vgl. Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

430 Vgl. Wolf (Fn. 289), S. 27.

431 Gewöhnlich wird eine Behörde im Ausland angegangen, welche ihr eigenes Kollisionsrecht anwendet, vgl. dazu Schwander, (Fn. 241), Rz. 35.

432 Vgl. Heini (Fn. 187), Art. 92 IPRG N 22; Art. 91 IPRG; Alfred Necker, Aperçu de quelques problèmes posés par l'exécuteur testamentaire d'une succession internationale en Suisse, ZBGR 52 (1971) 161.

433 Vgl. Bucher (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 154; Necker (Fn. 432), ZBGR 52 (1971) 162 und 176.

434 Wichtigster Grund für eine Anpassung ist nicht eine große Freiheit des Erblassers (sie verstößt nicht gegen den ordre public), nur zum Teil der Grundsatz der ausschließlichen Anwendung des Forum-Verfahrensrechts (die administration ist nicht rein prozessualer Natur), sondern der Grundsatz der ausschließlichen Geltung der lex rei sitae im Sachenrecht, vgl. Josef

hältnissen angepasst werden⁴³⁵. Beim deutschen Testamentsvollstrecker sind die Unterschiede noch eher gering, während etwa beim executor des anglo-amerikanischen Rechts häufig eine Anpassung notwendig ist⁴³⁶.

Beispiel: Wenn ein als executor bestellter Vollstrecker unbewegliches Vermögen in der Schweiz zu verteilen hat und das Kollisionsrecht eines US-Staates anwendbar ist, gilt kraft teilweiser Rückverweisung das Recht am Ort der belegen Sache, also das schweizerische (materielle) Recht und der 'executor' genannte Vollstrecker ist somit ein Willensvollstrecker⁴³⁷.

Zur Legitimation schreibt das Kantonsgericht Graubünden: „Auch nach Inkrafttreten des IPRG bleibt die Frage, wie sich ein ausländischer Nachlassverwalter oder Willensvollstrecker zu legitimieren hat, um über die Vermögenswerte des Erblassers in der Schweiz verfügen zu können, ungeklärt.“⁴³⁸ Eine Verbesserung würde eine 1973 abgeschlossene Konvention⁴³⁹ bieten, welche die Schweiz aber nicht ratifiziert

Fraefel, Die Durchführung der anglo-amerikanischen „Administration“ im Bereich des schweizerischen Rechts, (Diss. Freiburg i.Ue. 1966) Einsiedeln 1966, S. 69 ff.

435 Vgl. *Fraefel* (Fn. 434), 100: „Subsumptionsanpassung“; *Bucher* (Fn. 199), ZBGR 69 (1988) 154 f.; *Alfred Necker*, La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales, (Diss. Genf) Genf 1972, S. 221; ebenso IPUG 1995, 23 Erw. C. II. 1. Nr. 31 (Hamburg): Umdeutung einer administration (Florida) in deutsches Recht.

436 Vgl. BGer. ZBGR 57 (1976) 153 n. 35; *Necker* (Fn. 432), ZBGR 52 (1971) 177: L'executor „sera assimilé à un exécuteur testamentaire de droit suisse“. Die Anpassung führt nach *Fraefel*, (Fn. 434), 102 ff., und *Pietro Supino*, Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, (Diss. St. Gallen 1994) St. Gallen 1994, 130 f., unter anderem zu folgenden Ergebnissen: (1) Ein Probate-Verfahren kann in der Schweiz nicht durchgeführt werden; (2) das sog. right to follow entspricht dem Abstellen auf die (weniger umfangreiche) Vertretungsbefugnis bei Bösgläubigkeit des Dritten; (3) der executor hat unter Umständen (z. B. bei einer power of appointment) die Erbensteuer zu bezahlen; (4) die amtliche Liquidation ist von Amtes wegen anzuordnen, um den Schutz der Gläubiger (wegen der fehlenden Erbenhaftung) sicherzustellen; (5) anstelle des executor sind die Erben ins Grundbuch einzutragen.

437 Vgl. zu einer parallelen Konstellation IPG 1976, 484 ff. Erw. I. 1. und 2. Nr. 42 (München).

438 PKG 1990, 201 Erw. 3 c Nr. 58; auf eine Regelung wurde verzichtet, weil diese Frage eigentlich in ein Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit gehört, vgl. BBl. 1983 I 393.

439 Vgl. Convention Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons, 21 Am.J.Comp.L. 141-149 (1973).

hat. M.E. muss (anstelle eines Anerkennungsverfahrens) von der zuständigen (schweizerischen) Behörde ein Ausweis ausgestellt werden, welcher demjenigen des Willensvollstreckers entspricht⁴⁴⁰. Eine allfällige Anpassung ist darin zu erwähnen⁴⁴¹.

l) Weitere Vertreter des Nachlasses

Neben dem Willensvollstrecker gibt es weitere Vertreter des Nachlasses, nämlich den Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB), den Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 2 ZGB) und den Erbschaftsliquidator (Art. 593 ZGB). Wenn diese im internationalen Verhältnis zum Einsatz kommen, sind die IPR-Regeln auf sie entsprechend anzuwenden, wie auf den Willensvollstrecker, weil es sich ebenfalls um private Ämter handelt.

m) Fälle

aa) Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland

(1) Ohne besondere Vorkehrungen des Erblassers sind aus der Sicht beider Länder die deutschen Behörden zuständig und das deutsche Recht anwendbar. Der deutsche Testamentsvollstreckerausweis wird in der Schweiz anerkannt.

(2) Auch wenn eine Zuständigkeits- und Rechtswahl zugunsten der schweizerischen Heimat vorliegt und somit eine Zuständigkeitskollision vorliegt, ist der deutsche Testamentsvollstreckerausweis dennoch

440 Ebenso IPUG 1963, 20 Erw. D. III. Nr. 100 (Köln), für die Tätigkeit eines administrator (New York) in Deutschland: „Obwohl das Zeugnis (sc. letters of administration) ... nach amerikanischem Recht dieselbe Bedeutung wie ein deutsches Testamentsvollstreckerzeugnis hat, wird man jenem kaum die Eigenschaft öffentlichen Glaubens beimessen können wie diesem ... Daher gewährt die herrschende Meinung in Deutschland dem amerikanischen administrator zur Legitimation im deutschen Rechtsverkehr ein Nachlassverwaltungszeugnis analog § 2368 BGB, das bloße Ausweisfunktion hat“; IPUG 1962, 16 Erw. A. II. 3. c) Nr. 79 (Köln): „Nach ständiger Rechtsprechung kann sich daher der Testamentsvollstrecker (sc. executor nach dem Recht von New York) nur mit einem deutschen Testamentsvollstreckerzeugnis ausweisen“.

441 Vgl. IPUG 1992, 64 Erw. C. Nr. 113 (Hamburg), wo für einen „personal representative“ des Staates Arizona, welcher in Deutschland zu wirken hat, folgender Zusatz vorgeschlagen wird: „Die Befugnisse der Gesamtestamentsvollstrecker bestimmen sich nach dem Recht des Staates Arizona der Vereinigten Staaten von Amerika“; ein Zusatz sollte selbst dann gemacht werden, wenn ein Alleinerbe einziger „executor“ ist, um etwa im Falle einer Erbanfechtung Klarheit zu haben, vgl. IPUG 1966, 3 Nr. 96 (Köln).

anzuerkennen, richtet sich aber inhaltlich nach schweizerischem Recht.

(3) Selbst wenn ein Doppelbürger die Zuständigkeits- und Rechtswahl zugunsten seiner Heimat vornimmt und beides in Deutschland nicht anerkannt wird, ist ein deutscher Testamentsvollstrecker ausweis in der Schweiz anzuerkennen.

bb) Deutscher mit Wohnsitz in der Schweiz

(1) Wenn der Erblasser keine Vorkehrungen trifft, sind aus deutscher Sicht die Heimatbehörden zuständig und deutsches Recht anwendbar. Nach IPRG sind die schweizerischen Behörden zuständig und schweizerisches Recht anzuwenden. Der deutsche Testamentsvollstrecker ausweis wird nicht anerkannt, weil er sich weder auf den Wohnsitz noch auf das gewählte Recht stützen kann.

(2) Wenn der Erblasser seinen Nachlass dem Heimatrecht unterstellt und weiter die schweizerischen Behörden zuständig bleiben, wird der deutsche Testamentsvollstrecker ausweis anerkannt.

(3) Wenn ein Doppelbürger eine Zuständigkeits- und Rechtswahl vornimmt, wird diese von der Schweiz nicht anerkannt und deshalb auch der Testamentsvollstrecker ausweis nicht.

cc) Kollidierende Zeugnisse

(1) Art. 96 IPRG regelt diese Frage nicht. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die Anerkennung eines Ausweises zu verweigern ist, wenn das Nachlassverfahren in der Schweiz zuerst eröffnet wurde⁴⁴².

(2) Bezüglich Deutschland ist die Kollisionsgefahr insofern eingeschränkt, als sich der Testamentsvollstrecker auch auf das Testament selbst stützen kann⁴⁴³. Das Gericht kann zudem ein Zeugnis revozieren.

dd) Anerkennung schweizerischer Zeugnisse in Deutschland

Schweizerische Zeugnisse werden in Deutschland nicht anerkannt, insbesondere wegen der fehlenden Prüfung der Gültigkeit des Testaments (in der Schweiz werden Zeugnisse unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage ausgesellt⁴⁴⁴). Für einen Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland, der das Heimatrecht gewählt hat, wird in

442 Vgl. *Andreas Bucher/Andrea Bonomi*, *Droit international privé*, tome II, Basel/Frankfurt 1991, Rz. 995.

443 Vgl. OGer. ZH vom 18.3.1998, hinten, III. 2. g).

444 Vgl. etwa Bundesgericht vom 13.6.2002 (5P.28/2002).

Deutschland ein Fremdrechtserschein ausgestellt (§ 2369 BGB) und wenn auch die schweizerischen Behörden zuständig sind, wird der Fremdrechtserschein nur auf das in Deutschland befindliche Vermögen beschränkt. Zu prüfen ist sodann, ob ein öffentliches Testament nicht in gewissen Fällen die Ausstellung eines Testamentsvollstrecker ausweises (oder Erbscheins) ersetzen kann (vgl. Art. 35 Abs. 1 Grundbuchordnung - GBO).

10. Schiedsgerichte

a) Schiedsklauseln können in der Schweiz nicht einseitig in einem Testament angeordnet werden. Nach ZR 80 Nr. 10 zeigen die Materialien zu § 238 ZH-ZPO, dass nur der **Schiedsvertrag** und die Statuten gültige Formen einer Schiedsabrede sind. Zudem wird mit einer testamentarischen Schiedsklausel die Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 30 Abs. 2 BV) verletzt. In ZR 88 Nr. 75 wird (etwas offener) erklärt, dass Schiedsabreden gültig seien, soweit es sich um frei verfügbare Ansprüche handele, was für die verfügbare Quote zutrifft, nicht aber für den Pflichtteil. Aus dieser Praxis folgt, dass dem schweizerischen Erblasser zu empfehlen ist, die Schiedsklausel mehrseitig zu vereinbaren und zwar in der Form eines Erbvertrags⁴⁴⁵.

b) Wenn gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel eine **Klage vor einem schweizerischen Schiedsgericht** eingereicht wird, kommt das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit⁴⁴⁶ zur Anwendung, welches die testamentarische Schiedsklausel ebenfalls nicht kennt, was zum gleichen Resultat führt wie im Kanton Zürich⁴⁴⁷.

c) Wenn die Gültigkeit der **testamentarischen Schiedsklausel eines Ausländers** mit Wohnsitz in der Schweiz, welcher seinen Nachlass dem Heimatrecht unterstellt hat, vom ordentlichen Gericht in der Schweiz zu beurteilen ist, wird das Heimatrecht angewendet und danach kann eine solche Klausel durchaus gültig sein (vgl. etwa § 1048 deutsche ZPO).

445 Vgl. *Renate Wenninger Schmid*, *Testamentarische Schiedsklauseln - nationale und internationale Aspekte*, in: *Festschr. für Peter Forstmoser*, hrsg. v. Walter R. Schlupe und Peter R. Isler, Zürich 1993, S. 357 f.; weiter vgl. vorne, I. 6. h).

446 Vgl. Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG), SR 279.

447 Vgl. *Wenninger Schmid* (Fn. 445), S. 358.

d) Wenn die von einem Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz verfasste testamentarische Schiedsklausel von einem **ausländischen Schiedsgericht** zu beurteilen ist, wird das Recht des Sitzes bzw. ausländisches materielles Recht angewendet.

e) Die Schweiz kann **Entscheide eines ausländischen Schiedsgerichts**, welche gestützt auf eine testamentarische Schiedsklausel eines ausländischen Erblassers mit Wohnsitz in der Schweiz und gestützt auf eine *professio iuris* ergangen sind, anerkennen und vollstrecken⁴⁴⁸.

III. Werkstattbericht

„Werkstattbericht aus dem zürcherischen Obergericht“ zur behördlichen Mitwirkung bei der Abwicklung internationaler Nachlässe in der Schweiz (übernommen aus der Unterlage zur Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen über Internationales Erbrecht vom 9. November 2001 in Zürich)⁴⁴⁹.

1. Einführende Bemerkungen: Zur Tragweite der „Internationalität eines Sachverhalts aus Behördensicht“

a) *Internationale Verhältnisse als rechtsgeschäftsplanerische Chance und abwicklungstechnisches Risiko*

aa) Grundsätzlich ist festzuhalten, dass für komplexere Verhältnisse – und dazu gehören Fälle mit internationalen Bezügen – **keine „wasserdichten“ Empfehlungen** abgegeben werden können: Der Umstand,

⁴⁴⁸ Wenninger Schmid (Fn. 445), S. 361.

⁴⁴⁹ Nicht behandelt werden im Folgenden güterrechtliche Aspekte (vgl. immerhin OGer. ZH, II. ZK, vom 24.11.95, 2. e); Hinweise dazu finden sich abgesehen von den IPRG- und Güterrechtskommentaren namentlich bei: Regina E. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, (Diss. Bern) Bern 2000 (= ASR 641), Rz. 04.55-04.68; Thomas Geiser, Herkömmliche und neue Bedürfnisse bei der Gestaltung von Eheverträgen, AJP 1993 1154 ff.; Wolf, Vorschlags- und Gesamtgutzuweisung an den überlebenden Ehegatten, ASR 584, Diss. Bern 1984; Jean Guinand, Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, ZBGR 1989, 65 ff.; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz, in: Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, hrsg. v. Dieter Heinrich und Dieter Schwab, Bielefeld 2001 (= Beiträge zum europäischen Familienrecht 7), S. 213-248; Monique Jametti Greiner/Thomas Geiser, Die güterrechtlichen Regeln des IPRG-Gesetzes, ZBJV 127 (1991) 1-43.

dass ein Sachverhalt Bezüge zu mehreren Rechtsordnung aufweist, ist (rechtsgeschäftsplanerische) Chance, zugleich aber (abwicklungshemmendes) Risiko. Ob Chance oder Risiko sich verwirklicht, hängt von Zufällen ab: „Gewagte Konstruktionen“ können im Stillen „durchrutschen“ und werden im günstigsten Fall auch von den Steuerbehörden nicht erkannt – vermeintlich bewährte, einfache Abläufe können demgegenüber zur Tortur werden, wenn ein querulierendes Mitglied der Erbengemeinschaft den Umstand nützt, dass den Behörden in mehreren Ländern zumindest eine „Anscheins-Zuständigkeit“ zukommt.

bb) Als allgemeine Empfehlung aus Sicht einer Testamentseröffnungs(rekurs)instanz ist daran festzuhalten, dass **lebzeitige Vorbereitungen zur Erleichterung der Nachlassabwicklung**⁴⁵⁰ – durch Sichtung und Bereitstellung der erforderlichen Unterlagen über Bankbeziehungen, Familienverhältnisse, Lageort beweglichen Vermögens u. ä., durch Bestellung eines (fähigen, sprach- und im Kontakt mit Behörden kundigen) Willensvollstreckers als „Koordinationsinstanz“ – wichtiger Beitrag zu „schlanken Abläufen“ sind. Einschränkend ist allerdings sogleich anzumerken, dass nicht jede ausländische behördliche Bescheinigung stets zum Nennwert genommen werden kann⁴⁵¹; ausnahmslos gilt aber, dass (bewusst) diffus gelassene Verhältnisse zu Reibungsverlusten führen⁴⁵².

b) *Oft fehlende individuelle Ordnung – Testierscheu*

aa) Die (gerichtliche) Praxis wird vom Eindruck dominiert, dass **„durchschnittlichen Betroffenen“** (mithin: nicht den professionell beratenen „internationalen Steuerplanern“) das Bewusstsein sowohl für Chancen wie Risiken – für die besonderen Umstände überhaupt – abgeht: ihr Leben in verschiedenen Jurisdiktionen ist in einer Epoche

⁴⁵⁰ Vgl. Weber (Fn. 40), AJP 6 (1997) 550 ff., 552; Breitschmid (Fn. 7), Art. 498 ZGB N 20.

⁴⁵¹ Vgl. OGer. ZH, II. ZK, vom 19.5.1998, 2. c).

⁴⁵² Vgl. die Bemerkungen zu ZR 100 (2001) Nr. 42, 2. d): Hätte der dortige Erblasser seine beiden ausländischen „Nebenfrauen“ nicht nur – wie aus dem publizierten Entscheidungsausschnitt nicht hervorgeht – durch ihrem Unterhalt dienende ausländische Stiftungen unterstützt, sondern klare Verhältnisse geschaffen (wozu mittlerweile die Steuerbehörden ihren Beitrag geleistet haben dürften ...), hätten sich wohl auch die nachlassbehördlichen Anordnungen eher an der „natürlichen Vermutung“ orientiert, es lägen zwar singuläre, aber geordnete Verhältnisse vor, welche keine behördliche Intervention zum Schutze allfälliger unbekannter Berechtigter erforderten.

zunehmender internationaler Verflechtung⁴⁵³ selbstverständliches Lebensprinzip, dessen Auswirkungen von Todes wegen allerdings kaum häufiger bedacht werden als bei nationalen Nachlässen, die nach wie vor in mindestens zwei Dritteln der Fälle „ungeregelt“ (gesetzlich) abgewickelt werden (am Rande bemerkt: die Testierquote ist auch in den USA nicht wesentlich höher). Bei internationalen Sachverhalten fehlt indes die ordnende Hand des nationalen Gesetzgebers (dessen Werk auch nicht immer „aus einem Guss“ ist). Zugleich sind sich nicht nur die Betroffenen, sondern auch die Behörden der Tragweite internationaler Momente wohl verschiedentlich kaum bewusst: Typische Beispiele sind etwa:

(1) die **Patt-Situation** bei Versterben eines Ausland-Schweizers in Deutschland (aus der Sicht von Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist schweizerisches Heimatrecht anwendbar, nach Art. 91 Abs. 1 IPRG hingegen das Recht am deutschen letzten Wohnsitz)⁴⁵⁴,

(2) die **konkurrierende Zuständigkeit bei Versterben eines Deutschen in der Schweiz** wegen des Staatsangehörigkeitsprinzips des EGBGB bzw. der Maßgeblichkeit des letzten Wohnsitzes nach IPRG. – Zu theoretischer Betrachtung, nicht aber für die Betroffenen amüsant ist der Hinschied eines Deutschen mit schweizerischem Wohnsitz an seinem deutschen Zweitdomizil⁴⁵⁵.

(3) Als **Beispiel unerwarteter Anwendbarkeit eines ausländischen Rechts** diene sodann die konkursamtliche Liquidation eines in der Schweiz wohnhaft gewesenen italienischen Staatsangehörigen⁴⁵⁶.

In der unterinstanzlichen Praxis dürften geringfügigere Nachlässe oft ohne weitere Reflektion irgendwelcher Beteiligter nach internem schweizerischen Recht abgewickelt werden.

bb) Das fehlende Bewusstsein für die latenten Implikationen kann sich allerdings rächen: Das ungesteuerte (und schon von daher problematische) Appartement in südlichen Gefilden kann plötzlich zum **Stolperstein** einer einvernehmlichen und schlanken Nachlassabwicklung werden.

453 Vgl. die statistischen Hinweise bei *Duri Berther*, Die internationale Erbschaftsverwaltung, bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen, (Diss. Fribourg) Zürich 2001 (= Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht 3), S. 1 f.

454 Vgl. vorne, II. 2. d).

455 Vgl. dazu vorne, II. 2. e) bb); OGer. ZH vom 25.9.2001, 2. a).

456 Vgl. OGer. ZH, II. ZK, vom 21.8.1998, 2. j).

c) „**Auslandfreundlichkeit**“ des schweizerischen internationalen Erbrechts

aa) Die schweizerische Gesetzgebung ist „**fremdrechtsfreundlich**“ und respektiert damit die Internationalität der konkreten Umstände. Es gilt dies namentlich für

(1) die „**Aufräumungszuständigkeiten**“ („soweit sich die ausländische Behörde ... nicht befasst“: dazu Art. 87 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 IPRG)⁴⁵⁷,

(2) die **sichernden Maßnahmen**: Art. 89 IPRG,

(3) die **professio**: Art. 87 Abs. 2 (CH im Ausland) bzw. Art. 90 Abs. 1 IPRG (Ausländer in CH)⁴⁵⁸,

(4) die **Formanknüpfung** gemäß einschlägigem Haager Übereinkommen, Art. 93 IPRG, und

(5) die weitreichende **Anerkennung ausländischer Vorkehren** (Art. 96 IPRG)⁴⁵⁹: Entsprechend verhält sich auch die Gerichtspraxis durchaus „auslandsfreundlich“ (das unbewusste „Übersehen“ von IPR-Konstellationen⁴⁶⁰ widerspricht dem nicht); dies hat zuletzt etwa BGE 125 III 35 Erw. 3⁴⁶¹ unterstrichen, welcher in Fortführung der seit je professiofreundlichen Auslegung allein aus der Wortwahl (heimatliche erbrechtliche Terminologie) in Verbindung mit dem Bürgerrecht auf die Wahl deutschen Rechts geschlossen hatte.

bb) Die (vereinzelte) **Kritik von Weimar** bezieht sich nicht auf den internationalen Bezug, sondern auf die Auslegungsmethodik als solche. Wenn sich Weimar gegenüber ergänzender Auslegung (überaus) kritisch äußert⁴⁶², so ist seinen Bedenken zwar insofern Rechnung zu tragen, als nicht eine zufällige Wortwahl (etwa: weil einem Laien-Erblasser die schweizerische juristische Terminologie gar nicht vertraut war) zur Anwendung eines vom Erblasser gar nicht gemeinten und gewollten Rechts führen darf, weshalb das Ergebnis der (Buchstaben-) Auslegung stets unter Berücksichtigung aller testamentsinternen und -externen Anhaltspunkte auf Übereinstimmung mit dem erblasseri-

457 Vgl. vorne, II. 1. a).

458 Vgl. vorne, II. 2. a).

459 Vgl. vorne, II. 3.

460 Vgl. vorne, I. 2. a).

461 U.E. kritisiert *Weimar* (Fn. 148), Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung N 71 bis, das BGer. zu Unrecht, es habe „eine *Professio iuris gleichsam aus dem Nichts erschaffen*“.

462 Vgl. dagegen *Breitschmid* (Fn. 7), Art. 469 ZGB N 29 f.

schen Willen zu überprüfen ist; diese Überprüfung darf aber mit einer gewissen Großzügigkeit erfolgen, denn es verlangt das IPRG keine „erbrechtliche Assimilation“ des Ausländers und nur sehr beschränkt ein Bewusstsein für die spezifische Regelungsbedürftigkeit; der „Regelungswille“ bzw. das Bewusstsein, von einer Gesetzgebung mit oft wohl eher zufälligem Bezug abweichen zu wollen ergibt sich regelmäßig aus dem Umstand, dass überhaupt Anordnungen von Todes wegen getroffen wurden.

d) Rechtswahl

aa) Eine Rechtswahl ist möglich für Ausländer, die ihren Nachlass dem Heimatrecht unterstellen können, oder für Auslandschweizer bezüglich ihres ganzen oder nur des in der Schweiz belegenen Vermögens. Zu beachten ist, dass das IPRG schweizerisch-ausländischen Doppelbürgern mit Wohnsitz im Ausland eine *professio* zugunsten des schweizerischen Rechts zugesteht, nicht aber solchen mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 IPRG). Die Rechtswahl kann auch nur konkludent erfolgen⁴⁶³. Die großzügig gewährte Rechtswahlfreiheit wird zwar durch den *ordre public* begrenzt, doch fällt der schweizerische Pflichtteil nicht unter den *ordre public*⁴⁶⁴.

bb) Nachdrücklich angeregt sei, dass eine Rechtswahl vom (professionellen!, in Analogie zu BGE 124 III 162 haftungsrechtlich kaum besonders schonend behandelten) Berater überdacht und Errichtungsform und gewähltes Recht koordiniert werden⁴⁶⁵.

e) *Inländisches Vermögen im Ausland verstorbener Ausländer; ausländisches Vermögen in der Schweiz verstorbener Schweizer*

Vom Gesetz nicht geregelt ist die **Behandlung schweizerischen Vermögens im Ausland wohnhafter Ausländer, auch nicht ausländischen Vermögens von in der Schweiz wohnhaften Schweizern**: In beiden Fäl-

463 Vgl. BGE 125 III 35; *Schnyder* (Fn. 185), Art. 90 IPRG N 18; 1.c).

464 Vgl. BGE 102 II 136, 140 f.; *Schnyder* (Fn. 185), Art. 90 IPRG N 19.

465 Vgl. dazu ein gründlich missratenes Beispiel bei *Anton K. Schnyder/Gion Jegher*, Die abwesende Opernsängerin und andere Kurzgeschichten, Zürich 2001, 75-80: Ein in eigenhändiger Form ergangener testamentarischer Hinweis in England wohnhafter Engländer betreffend ihr hiesiges Vermögen, welcher sich inhaltlich indes im bloßen Hinweis auf früher der Bank maschinenschriftlich erteilten Weisungen erschöpfte und dessen Gültigkeit deshalb problematisch war.

466 Vgl. Art. 92 IPRG.

len ist aber ganz selbstverständlich davon auszugehen, dass (außer bezüglich bloßer Administrativ-/Abwicklungsfragen)⁴⁶⁶ das Wohnsitzrecht abschließend über dessen Behandlung befindet (was namentlich im Verhältnis Deutschland-Schweiz im Nachlass in der Schweiz verstorbener deutscher Staatsangehöriger zu konkurrierender Zuständigkeit am deutschen Heimat- und am schweizerischen (letzten) Wohnsitzgerichtsstand führt⁴⁶⁷. – Eine faktische Wirkung – nämlich Nachlassspaltung – tritt in solchen Fällen aber dort ein, wo der Belegenheitsstaat die ausschließliche Zuständigkeit über solche Werte in Anspruch nimmt (insbesondere bezüglich dortiger Grundstücke) bzw. wo eine vertragliche Rechtswahl (Art. 116 IPRG) bereits zu Lebzeiten des Erblassers zur Verselbständigung und Unterstellung von Vermögensteilen unter eine fremde Rechtsordnung geführt hat (so bei Errichtung von Stiftung oder Trust); das trifft für schweizerisches Immobilienvermögen von Ausländern nicht zu, wohl aber für ausländisches Vermögen von Schweizern in Staaten, wo sich eine Nachlassspaltung ergibt, und wo deshalb Werte solcherart vor dem hiesigen Fiskus und/oder den Erben „in Sicherheit“ gebracht wurden. Es sind solche Gestaltungen nicht generell zu verpönen⁴⁶⁸, aber es ist die Nachlassabwicklung doch unter einer einheitlichen Perspektive anhand zu nehmen⁴⁶⁹, weshalb zumindest unter Miterben Aufschluss über den Gesamtnachlass zu schaffen ist⁴⁷⁰; zur Frage, wieweit dies Steuerfolgen nach sich zu ziehen braucht, enthalten wir uns als Zivilrechtler der Stellungnahme.

f) Informationsfragen

aa) Bei letztem Wohnsitz oder Gerichtsstand in der Schweiz (Art. 86 Abs. 1 und 90 Abs. 1 IPRG) sind zudem die **auskunftsrechtlichen Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB „unvermeidlich“**⁴⁷¹.

467 Vgl. vorne, 1. b.).

468 Zum ganzen *Breitschmid* (Fn. 57), S. 66 ff., Nrn. 18-20, 21 f. mit Hinweisen; *Sieber* (Fn. 162), ST 72 (1998) 242 ff.

469 Diesbez. zu Trust- und Stiftungslösungen auch vorne, I. 6. i). a.E.; vgl. v. *Staudinger J./Dörner Heinrich*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 25, 26 EGBGB, bearbeitet von *Heinrich Dörner*, 13. A., Berlin 1995, Art. 25 EGBGB N 738.

470 So nun nachdrücklich auch *Thévenoz* (Fn. 165), S. 57 ff. bzw. 221 ff.

471 Siehe näher *Jean Nicolas Druey*, Der Anspruch des Erben auf Information, BJM 1988 121 f., 129 ff.; *Andreas Schröder*, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 2000 zur „Tendenz“ bezüglich Offenlegung der Verhältnisse nunmehr auch BGE 127 III 396 mit Bemerkungen von *Nicolas Herzog*, ZBJV 137 (2001) 679 f., und *Regina E. Aebi-Müller*, ZBJV 137 (2001) 681-684.

bb) Einen gesonderten Hinweis verdient in diesem Zusammenhang sodann der Umstand, dass **hiesige Bankbeziehungen ausländischer Erblasser** (und damit auch die Informationsrechte der Erben) dem schweizerischen Auftragsrecht unterstehen⁴⁷², weshalb die Bank den Erben gegenüber nach Art. 400 Abs. 1 OR jederzeit zu umfassender Auskunft verpflichtet ist, da sich die Bank gegenüber Erben des Kunden nicht auf das Bankgeheimnis berufen kann: Die Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers sind gemeinschaftlich Geheimnisherren geworden⁴⁷³, was sich auch mit einer Erbausschlussklausel⁴⁷⁴ gegenüber Pflichterben nicht verhindern lässt⁴⁷⁵.

g) *Behördliches Vorgehen: Verfahrensarten und -prinzipien*

aa) Aus **spezifisch behördlicher Sicht** ändert die Internationalität des Sachverhalts das Vorgehen nicht grundsätzlich: Ziel bleibt in jedem Fall die Gewährleistung einer rasch, fair, transparent und kostengünstig verlaufenden Klärung der Rechtsnachfolge, welche den Interessen der Beteiligten – Erben wie Gläubigern – Rechnung trägt. Dies setzt in erster Linie Kenntnis bzw. Ermittlung der Beteiligten (gesetzliche und/oder testamentarische Erben, Gläubiger) und der anwendbaren Ordnung (gesetzliche und/oder testamentarische Erbfolge, anwendbares Recht), aber auch einen raschen Überblick über die wirtschaftlichen Gegebenheiten bzw. die adäquate Sicherung der Nachlasswerte voraus.

bb) Die wesentlichen **Verfahrensgrundsätze** ergeben sich beispielsweise aus § 211 Abs. 1 ZH-ZPO; sie gelten sinngemäß auch dort, wo nicht gerichtliche, sondern Verwaltungsbehörden den Nachlass abzuwickeln haben (das Verfahren berührt civil rights und ist damit „EMRK-trächtig“, was de lege ferenda Anpassungen, namentlich aber bei kontroversen Situationen im Einzelfall die Berücksichtigung der Parteirechte erfordert). § 211 ZH-ZPO lautet: „*Fehlt nach der Natur des Begehrens eine beklagte Partei oder ist sie nicht anzuhören, so entscheidet der Richter auf einseitiges Vorbringen. Er stellt den Sachverhalt von*

472 Im Detail *Walter Fellmann*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 398 OR N 429; BGE 94 II 166 Erw. 1.

473 Vgl. BGE 89 II 93 Erw. 6; ZR 64 (1965) Nr. 136 Erw. 4.

474 Vgl. dazu *Zobl* (Fn. 62), AJP 10 (2001) 1010 f.

475 Vgl. ZR 101 (2002) Nr. 26, hinten, 2. i).

Amtes wegen fest. Eine Überweisung ins ordentliche Verfahren erfolgt nicht.“

cc) Es gilt mithin die **Offizialmaxime**⁴⁷⁶. Der Gerichtsstand ergibt sich in erbrechtlichen Geschäften aus Art. 18 GestG (welcher aArt. 551 Abs. 1 ZGB entspricht)⁴⁷⁷. Die Rechtskraft ist beschränkt⁴⁷⁸; typische Beispiele sind etwa die Testamentseröffnung, wo neuere Testamente auftauchen, oder Sicherungsvorkehren, welche veränderten Gegebenheiten angepasst werden müssen. Regelmäßig wird der Gesuchsteller kostenpflichtig⁴⁷⁹, welcher diese Kosten – soweit sie (wie etwa jene der Testamentseröffnung) im Interesse des Nachlasses liegen – bei der Teilung in Anrechnung bringen kann.

dd) Es werden nach diesen Regeln regelmäßig die **folgenden Geschäfte** abgehandelt⁴⁸⁰:

„16. die Anordnung des Inventars und die Sicherstellung bei Nacherbeneinsetzung (Art. 490 ZGB)

- ...
18. *Maßregeln zur Sicherung des Erbganges (Art. 551 ZGB), insbesondere Siegelung und Inventarisierung, soweit dies nicht Sache der Vormundschaftsbehörde ist (Art. 552 und 553 ZGB, § 125 EG zum ZGB), sowie die Anordnung von Erbschaftsverwaltung und Erbenaufruf (Art. 554 und 555 ZGB);*
 19. *die Eröffnung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen sowie die Benachrichtigung des Willensvollstreckers (Art. 556-558 und 517 ZGB);*
 20. *die Ausstellung des Erbscheines an gesetzliche und eingesetzte Erben (Art. 559 ZGB);*
 21. *die Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen und die erforderlichen Anordnungen (Art. 570 und 574- 576 ZGB);*
 22. *die Anordnung des öffentlichen Inventars (Art. 580, 585 Abs. 2 und*

476 Vgl. *Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, § 211 ZH-ZPO N 6.

477 Vgl. Art. 538 ZGB bzw. Art. 86-89 IPRG.

478 Vgl. § 212 Abs. 4 ZH-ZPO: Es können „*fehlerhafte Anordnungen, die auf einseitiges Vorbringen ergangen sind, ... aufgehoben oder abgeändert werden, wenn nicht gesetzliche Vorschriften oder Gründe der Rechtssicherheit entgegenstehen*“.

479 Vgl. § 211 Abs. 3 ZH-ZPO.

480 Aufzählung gemäß § 215 Ziff. 16 ff. ZH-ZPO; vgl. *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 476), § 215 ZH-ZPO N 53.

587 ZGB) sowie des Rechnungsrufs, wenn die Erbschaft an das Gemeinwesen fällt (Art. 592 ZGB);

23. die Anordnung der amtlichen Liquidation (Art. 595 ZGB);

...“

Weiter ist § 213 Ziff. 7 ZH-ZPO zu beachten, wonach ebenfalls vom Einzelrichter im summarischen Verfahren (als Konkursrichter) entschieden wird „die Anordnung und Einstellung der Liquidation einer Verlassenschaft (Art. 193 und 196 SchKG)“⁴⁸¹.

ee) Insgesamt hat jedes (ob nationale oder internationale Gegebenheiten berührende) Verfahren (unabhängig davon, ob es aufgrund des anwendbaren kantonalen Rechts gerichtlich oder behördlich abgewickelt wird) sicherzustellen, dass

(1) die zum Nachlass gehörenden Werte festgestellt werden und der Verfügung Unberechtigter entzogen sind,

(2) die am Nachlass Berechtigten festgestellt (Erbenermittlung, Erberuf) und informiert werden (Erberuf, Testamentseröffnung, Erbschein), bzw.

(3) ggf. die Berechtigten vertreten werden (Erbschaftsverwaltung, u.U. Beistandschaft)⁴⁸²,

damit über die Rechtsnachfolge (aus Sicht der Erben:) im Sinne der Berechtigung am Nachlass bzw. (aus Sicht von Gläubigern und Vermächtnisnehmern:) der daraus fließenden Verpflichtungen Klarheit besteht.

ff) Die so gewonnene „Klarheit“ ist indes eine nur relative: In nicht-streitigen Rechtssachen getroffene Entscheide dienen regelmäßig nur einer provisorischen Weichenstellung (mit entsprechend beschränkter Rechtskraft)⁴⁸³, weshalb sie im ordentlichen Verfahren überprüft werden können. Dies ändert indes nichts daran, dass idealerweise der Zug von Anfang an auf der richtigen, d. h. einer möglichst direkten Strecke verkehren soll, weshalb nicht schematisch, sondern im Blick auf die konkreten Gegebenheiten möglichst fallbezogen vorzugehen ist.

481 Vgl. Frank/Sträuli/Messmer (Fn. 476), § 213 ZH-ZPO N 89-91; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A. Bern 2003, § 38 Rz. 38-44 bzw. § 39 Rz. 8 f.

482 Vgl. Hans Michael Riemer, Beistandschaften für mögliche Personen, insbesondere für mögliche Erben, in: Festgabe für Bernhard Schnyder, hrsg. v. Peter Gauch et al., Freiburg 1995, S. 561 ff.

483 Vgl. § 212 Abs. 4 ZH-ZPO.

gg) Die nachfolgenden Entscheide sind über den „Zürcher Gerichtssprengel“ hinaus von Bedeutung, weil in diesen sog. nicht-streitigen Rechtssachen⁴⁸⁴ wenig bundesgerichtliche Praxis bzw. nur solche im Rahmen der Willkürprüfung bei staatsrechtlichen Beschwerden existiert.

2. Entscheide von Zürcher Gerichten

a) Art. 23, 538 ZGB, Art. 86, 92 Abs. 2 IPRG: Testamentseröffnung. (OGer. ZH vom 25.9.2001)

bleibt im Zeitpunkt der Testamentseröffnung unklar, ob sich der Lebensmittelpunkt des (deutschen) Erblassers in der Schweiz oder im Ausland (BRD) befand, so hat einstweilen eine Testamentseröffnung zu erfolgen.

aa) Sachverhalt

Im Nachlass des am 2001 in H/BRD mit Adresse in Y/BRD, X-Strasse, verstorbenen Erblassers – eines deutschen Staatsangehörigen – ist unter den Parteien – der als Rekurrentin auftretenden überlebenden Ehegattin des Erblassers und der als Rekursgegnerin figurierenden Tochter aus einer früheren Ehe – streitig, ob die Nachlassabwicklung in W/CH oder in Y/BRD erfolgen soll. Es werden die Bezüge zu den beiden Orten nachfolgend darzulegen sein. Die Vorinstanz hatte in der angefochtenen Verfügung – nachdem sie auf Grund der Meldeverhältnisse zunächst davon ausgegangen war, ihre Zuständigkeit sei gegeben, und entsprechend auch Willensvollstreckerzeugnisse zu Gunsten des Ehemannes der Rekursgegnerin ausgestellt hatte – auf Grund der Angaben der Parteien, der Adresse des Erblassers in Y/BRD und des Tätigwerdens auch des dortigen Nachlassgerichts ihre Zuständigkeit verneint (und gestützt darauf auch die Willensvollstreckerzeugnisse zurückgerufen).

Gegen diesen Entscheid richtete sich der Rekurs der überlebenden Ehegattin. Es wird damit im Wesentlichen geltend gemacht, dass der Erblasser zwar durchaus auch in Y/BRD gemeldet gewesen sei, die engeren Bezüge aber zu W/CH bestanden hätten und namentlich das Inkrafttreten des schweizerischen KVG dazu geführt habe, dass der Erblasser, um seinen deutschen Versicherungsschutz aufrechterhalten zu können, gezwungen gewesen sei, in Deutschland Wohnsitz zu verzeichnen; nach deutschem Recht sei denn auch ein mehrfacher Wohnsitz möglich. Die Rekursgegnerin widersetzte sich diesem Anliegen.

Mit Eingabe vom 22. August 2001 hatte die Rekurrentin sodann eine vom 10. August 2001 datierende Erklärung des Nachlassgerichts Y/BRD nachgereicht, worin zu Handen der hiesigen Instanzen festgehalten wird, dass rechtskräftige

484 Vgl. § 211 ZH-ZPO bzw. Frank/Sträuli/Messmer (Fn. 476), § 211 ZPO; vorne, 1. b).

Feststellungen über die Wohnsitz- und damit die Zuständigkeitsfrage nicht von einem deutschen Nachlassgericht, sondern nur auf dem *ordentlichen* Rechtsweg über Amts-, Land- und Oberlandesgerichte bzw. den BGH getroffen werden könnten. Der Rekursgegnerin war Gelegenheit zur Stellungnahme zu dieser neuen Urkunde eingeräumt worden, doch ist hierzu keine Äußerung ergangen.

bb) Erwägungen

„2. Bei der Abwicklung von Nachlässen in der Schweiz verstorbener Erblasser mit deutscher Staatsangehörigkeit ergibt sich regelmäßig eine konkurrierende Zuständigkeit sowohl der schweizerischen wie der deutschen Nachlassgerichte, da die Schweiz auf den Wohnsitz (Art. 90 Abs. 1 IPRG), Deutschland aber auf die Staatsangehörigkeit abstellt (Art. 25 Abs. 1 EGBGB, § 73 Abs. 1/2 FGG; statt vieler K. Siehr, Internationales Privatrecht – Deutsches und europäisches Kollisionsrecht, Heidelberg 2001, 105).

a) Dass deutsche Behörden nach Heimatrecht unabhängig davon zuständig sind, ob der Erblasser in Y/BRD (auch) einen Wohnsitz verzeichnet hat, ist im Wesentlichen unstrittig (Soergel/Harder, 12.A. 1992, § 2260 BGB N 19; Staudinger/Dörner, 2000, Art. 25 EGBGB N 825 i.V.m. N 797), wobei sich allerdings auch aus deutscher Sicht versteht, dass behördliches Tätigwerden in diesem Stadium nicht zuständigkeitsbegründendes an sich Ziehen von Fällen ist, sondern am Sicherungsbedürfnis orientierte behördliche Dienstleistung (act. 15, vgl. MünchKomm/Burkart, 3.A. 1997, § 2260 N 4; Staudinger/Dörner, 2000, Art. 25 EGBGB N 803-807); diese Sicht steht auch hinter den Regeln von Art. 87 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und Art. 89 IPRG. Daraus können sich im Einzelfall gewisse Doppelspurigkeiten ergeben, welche indes mit Rücksicht auf die Natur der nachlasssichernden Vorkehren bei Vermögen unter mehreren Jurisdiktionen durchaus nicht unberechtigt sein müssen, indem etwa ein *inländischer* Erbschein den Zugang der Berechtigten zu Informationen über Vorhandensein und Bestand des dort gelegenen Nachlasses und damit dessen Verwaltung bzw. die Überwachung einer solchen Verwaltung (z. B. durch den Willensvollstreckter) erleichtert. Allein aus dem Umstand, dass sich auch das Nachlassgericht in Y mit der Sache befasst, kann demnach nicht die Zuständigkeit der hiesigen Instanzen verneint werden.

b) Zu prüfen ist damit in erster Linie, ob der Erblasser (auch) in der Schweiz Wohnsitz hatte. Diesbezüglich ist auf Art. 23 ZGB abzustellen und abzuschätzen, ob sich der Lebensmittelpunkt in W/CH oder in Y/BRD befand.

aa) Diese Prüfung erfolgt im vorliegenden Verfahren zwar auf Grund aller verfügbaren Anhaltspunkte, allerdings auch ihrerseits wiederum lediglich mit Blick auf die Zuständigkeit zu den Vorkehren der Nachlassabwicklung, und stellt damit zwar durchaus eine maßgebliche, aber weder für einen ordentlichen Prozess in der Sache noch fiskalische Aspekte präjudizierende Sicht dar. Insofern decken sich die schweizerische und die deutsche Rechtslage (Staudinger/Baumann, 1995, § 2260 N 10 f.; vgl. ZGB-Karrer, Art. 556 N 26).

bb) Selbst wenn aus dem rund zweieinhalb Monate vor seinem Tod in Y/BRD errichteten Testament eine Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Heimatrechts abgeleitet werden könnte (dazu näher anschließend lit. c) und jenes Testament sich als gültig erweisen sollte, würde eine solche *professio* nach schweizerischer Ordnung bei hiesigem letztem Wohnsitz nichts daran ändern, dass die nachlasssichernden Maßnahmen einschließlich der Willensvollstreckung nach Art. 92 Abs. 2 IPRG dem Recht dieses letzten Wohnsitzes unterstehen (vgl. IPRG-Schnyder, Art. 90 N 14 mit Nachweisen). Diese im Interesse ungehinderter Nachlassabwicklung und insbesondere der umgehenden Anordnung nachlasssichernder Vorkehren liegende inländische Zuständigkeit schließt indes nicht aus, von einer ihrerseits im Rahmen von Art. 96 IPRG zuständigen ausländischen Behörde angeordnete Vorkehren anzuerkennen (IPRG-Schnyder, Art. 96 N 9); die Bejahung hiesiger Zuständigkeit bedeutet denn auch nach dem vorstehend Ausgeführten (oben lit. a) keineswegs, dass deutsche Behörden nicht (auch) zuständig wären, oder andererseits die hiesigen Behörden (etwa im Blick auf die geltend gemachte Unzuverlässigkeit des Willensvollstreckers) bei ausreichend substantiierten Vorbringen nicht unter Umständen dessen Handlungsbefugnis wenigstens für die hier gelegenen Nachlasswerte einschränken könnten.

cc) Was die Wohnsitzfrage betrifft, ergibt sich aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen, dass der Erblasser bis zu seinem Tode in W/CH gemeldet war, wobei den hiesigen Behörden nicht bekannt war, dass ein Meldeverhältnis auch in Y/BRD bestand, nicht bereinigt ist offenkundig auch die steuerliche Situation, nachdem der Erblasser einerseits Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in W/CH war, andererseits dort kein Vermögen und kaum Einkommen versteuerte. Für die Annahme eines hiesigen Wohnsitzes spricht der Umstand der ungetrennten Ehe; aus dem offensichtlich krankheitshalber bedingten Aufenthalt in Y bzw. schließlich H lässt sich jedenfalls nichts Gegenteiliges ableiten, auch nicht aus den angeblich von der Beklagten und ihrem Ehegatten betriebenen scheidungsvorbereitenden Vorkehren in Y, über welche hier weder bezüglich der allenfalls unternommenen Schritte noch der Urheberschaft etwas bekannt ist. Dass der Erblasser zusammen mit seiner Ehegattin schon immer (gemäß der Aufenthaltsbescheinigung der Stadt Y seit 1970) einen Bezug zu Y unterhielt und diesem namentlich nach Revision des KVG zusätzliche Bedeutung zukam (indem die Unterstellung unter das Obligatorium abgewendet werden konnte, zugleich aber medizinische Behandlung in Deutschland erfolgen musste), ändert daran nichts grundlegend.

c) Zu prüfen ist schließlich weiter noch, ob nicht eines der Testamente des Erblassers ohnehin eine Rechtswahl zu Gunsten des schweizerischen Rechts enthält, was sich allein aus Wortwahl und ähnlichen Umständen konkludent ergeben kann (BGE 125 III 35). Diesbezügliche Abklärungen haben weder die Parteien noch die Vorinstanz gefordert bzw. unternommen. Indes bildet in internationalen Verhältnissen die Frage, welchem Recht der Nachlass nach dem Willen des Erblassers unterstellt sein soll, Teil der im Testamenteröffnungsverfahren zu treffenden Abklärungen, da das anwendbare Recht durch Auslegung des Verfügungswillens zu gewinnen ist. Diesbezüglich ergeben sich in der vorliegenden Situation allerdings keine im Eröffnungsverfahren verwert-

bare Ergebnisse, gewisse terminologische Unterschiede ergeben sich einzig daraus, dass im einen Fall eine schweizerische und im andern eine deutsche Urkundsperson die Redaktion besorgt haben, und lassen keine weiteren Rückschlüsse zu. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, es enthalte das jüngere, in Y/BRD errichtete Testament implizit eine Rechtswahl, so bliebe die Zuständigkeit zu nachlasssichernden Maßnahmen erhalten (oben b/bb).

3. Der Klarheit halber ist (namentlich zu Händen der parallel mit der Sache befassten deutschen Nachlassbehörden) festzuhalten, dass aus schweizerischer Sicht die Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus amtlicher Verwahrung nicht dessen Ungültigkeit zur Folge hat (ZK-Escher, Art. 504 N 1, anders offenbar nach einer vorinstanzlichen Aktennotiz über ein Telefonat mit dem Nachlassgericht Y die deutsche Rechtslage). Aus dem Fehlen der ersten Seite des im Besitz des Erblassers verbliebenen Exemplars des vom Erblasser am 7. Juli 1995 beim Notariat Wädenswil errichteten öffentlichen Testaments lässt sich mithin nichts gegen dessen Gültigkeit ableiten: Dass sich ein Exemplar beim Erblasser befand, ist selbstverständlich (§§ 135 f. der zürcherischen Notariatsverordnung, LS 242.2) und nicht etwa Widerrufsindiz, die Hinterlegung beim Notariat (Art. 504 ZGB) soll andererseits dem Risiko eines teilweisen oder gänzlichen Verlusts in Fällen begegnen, wo das Testament beim Erblasser verwahrt bliebe. Das Fehlen der ersten Seite in dem beim Erblasser bzw. seiner rekurrierenden Ehegattin verbliebenen Exemplar ist auch nicht ausreichendes Indiz, um einen im Testamenteröffnungsverfahren zu berücksichtigenden Widerruf anzunehmen.

4. Insgesamt bestehen damit gute Gründe, die von der Vorinstanz zunächst an Hand genommene Testamentseröffnung (auch) am letzten schweizerischen Wohnsitz des Erblassers fortzuführen. Dies führt zur Gutheißung des Rekurses und zur Rückweisung des Verfahrens zu weiterer Behandlung an die Vorinstanz.“

cc) Bemerkungen

Die Ermittlung des letzten Wohnsitzes kann hier (da – obwohl regelmäßig kontrovers – als nicht IPR-erbrechtsspezifisches Problem) nicht im Detail thematisiert werden. Gerade diesbezüglich könnten Erblasser oder ihre Betreuer/Berater durch die *Schaffung klarer lebzeitiger Verhältnisse* (vgl. vorne, 1. a). Schwierigkeiten allerdings weitgehendst vermeiden, während lebzeitiges (Steuer-) Versteckspiel (oder im konkreten Fall: Beibehaltung der deutschen Krankenkasse nach Einführung des Obligatoriums durch das KVG) zwangsläufig vielfältige Anknüpfungen an den in solchen Fällen regelmäßig gehäuften „gewöhnlichen“ Aufenthaltsorten ermöglicht – indes: es gibt kein (Steuer-) „Forum shopping von Todes wegen“. (Zur Frage wie weit die Kooperation unter Behörden gehen kann, vgl. auch die Bemerkung hinten, 1. g).

b) Art. 555 ZGB: Erbenruf (OGer. ZH, II. ZK, vom 3.5.1996)

Der Erbenruf ist grundsätzlich zwingend durchzuführen, wo die Voraussetzungen von Art. 555 ZGB vorliegen (Erw. 4.a). Prüfung der Opportunität eines Erbenrufs im konkreten Fall (Erw. 4.c) unter Berücksichtigung der Praxis der Kammer (Erw. 4.b).

aa) Sachverhalt

Die Rekurrentin ist – zusammen mit verschiedenen weiteren Begünstigten – eingesetzte Erbin im Nachlass der 1995 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen US-Bürgerin. Der Rekurs richtet sich gegen den von der Vorinstanz mit der angefochtenen Testamentseröffnungsverfügung angeordneten Erbenruf.

bb) Erwägungen

„3. Im Wesentlichen beanstandet die Rekurrentin, dass die Vorinstanz trotz Vorliegen eines dem äußeren Anschein nach gültigen und kaum erfolgreich anfechtbaren Testaments, welches den gesamten Nachlass eingesetzten Erben zuweise, einen Erbenruf angeordnet habe. Das Vorgehen der Erblasserin sei sowohl nach schweizerischem (Pflichtteils-) Recht und ohnehin nach dem gewählten Recht des Staates New York ohne weiteres zulässig, und der Erbenruf führe dazu, dass das Andenken der Erblasserin getrübt und diese „posthum der Lüge oder Unmoralität öffentlich verunglimpft“ werde. [Dies, weil durch den Erbenruf ein voreheliches Kind „unterstellt“ werde.]

4. a) Zunächst ist klarzustellen, dass der Erbenruf i.S.v. Art. 555 ZGB eine gesetzlich vorgesehene Sicherungsmaßregel ist und von der Behörde angeordnet werden muss, wenn sie im ungewissen ist, ob der Erblasser (gesetzliche) Erben hinterlassen hat oder nicht oder ob ihr alle (gesetzlichen) Erben bekannt sind (BK-Tuor/Picenoni, N 6, und ZK-Escher, N 2a, je zu Art. 555 ZGB, a.M. Piotet, SPR IV/2, 712). Wenn die Rekurrentin darin das Andenken der Erblasserin tangiert sieht, verkennt sie das Wesen und die Bedeutung des Erbenrufs (bei welchem es sich übrigens keineswegs um eine Eigentümlichkeit des schweizerischen Erbrechts handelt: nur nebenbei sei bemerkt, dass auch in Deutschland aufgrund von §§ 1964 ff. BGB i.V.m. § 12 FGG eine vergleichbare Regelung gilt).

b) Nach ständiger Praxis (Sträuli/Messmer, Kommentar zur ZPO, § 215 N 42 [= Frank/Sträuli/Messmer, § 215 N 58b]) ist bei gänzlicher oder teilweiser Ungewissheit über die Erbfolge ein Erbenruf unabhängig davon anzuordnen, ob die unbekannteren Erben pflichtteilsgeschützt sind und über den Nachlass durch ein unverdächtiges Testament anderweitig verfügt wurde. Die Kammer hat diese Frage letztmals mit Beschluss vom 3. Juni 1994 (NL930020) entgegen einem Minderheitsantrag der Sekretärin (unter Hinweis auf die Minderheitsmeinung von Piotet, a. a. O.) dahingehend entschieden, dass bei dieser Sachlage ein Erbenruf anzuordnen sei. Dies erklärt sich daraus, dass im Testamenteröffnungsverfahren weder Gewissheit über die Authentizität noch den unbeeinflussten Testierwillen eines Erblassers erlangt werden kann. Zudem erfüllt die

Erbenermittlung zumindest den Nebenzweck, die durch den Kreis der gesetzlichen Erben umschriebenen Angehörigen des Erblassers von dessen Hinschied unabhängig davon in Kenntnis zu setzen, ob sie effektiv erb- (vermögens-) rechtliche Ansprüche haben. Die Erbenermittlung ist grundsätzlich gesetzlich vorgeschriebene Pflicht (Art. 558 Abs. 1 ZGB; ZK-Escher und BK-Tuor/Picononi, je N 1 zu Art. 558 ZGB; Spirig, Erbenermittlung, Zürich 1971, 7). Entsprechend dem Sicherungscharakter der an die Ermittlung der Beteiligten anschließenden Mitteilung (Art. 558 ZGB steht im Ersten Abschnitt/Die Sicherungsmaßnahmen des Sechzehnten Titels) sind an die Ermittlungspflicht hohe Anforderungen zu stellen. Die relativierende Bestimmung von Art. 551 Abs. 1 ZGB, wonach „die zur Sicherung des Erbanges [beizufügen: jeweils] nötigen Maßregeln“ im Sinne der Art. 552 ff. ZGB zu treffen sind, kann nicht dazu führen, in all den Fällen, wo ein nach (lediglich vorläufiger: SJZ 87/1991 Nr. 1 S. 10 ff.) Würdigung nicht auslegungsbedürftiges Testament zu eröffnen ist, lediglich den eingesetzten und den (zufällig) bekannten Erben Mitteilung gemacht wird. Zum einen können sich die Missverständlichkeit eines Testaments oder etwa Umstände, die auf Drittbeeinflussung schließen lassen, lediglich für die unmittelbar Beteiligten erschließen, während sie dem Eröffnungsrichter, der – wie die Rekursinstanz – die weiteren Zusammenhänge nicht zu würdigen vermag, verborgen bleiben. Zum andern setzt die ordnungsgemäße Abwicklung des Erbanges wie das mit der Erbenermittlung verbundene öffentliche Interesse an einer geordneten Nachlassabwicklung voraus, dass alle Beteiligten gleicher Stufe auf gleiche Informationen zählen können.

c) Zwei Fragen sind immerhin näher zu bedenken:

aa) Zunächst ist zu prüfen, ob eine die Anordnung eines Erbenrufs unter den konkreten Umständen rechtfertigende Ungewissheit über die Erbfolge bestehe. Nach neuerer Lehre (Riemer, Beistandschaft für mögliche Personen, insbesondere für mögliche Erben, in: FS Schnyder, Fribourg 1995, 561 ff., 566) steht der zuständigen Behörde die Befugnis zum Entscheid zu, „es sei von einem Erbenruf abzusehen, weil dieser aussichtslos sei, weil seine Durchführung – im Verhältnis zum Nachlassvermögen – mit ganz unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei oder weil keine Aussicht auf erfolgreiche Anfechtung des Testaments bestehe“. Alsdann könne die Behörde „von Art. 555 Abs. 1 ZGB auf ihre eigene Verantwortung mittels Gebotsberichtigung abweichen“. Die Praxis der Kammer zu diesem Punkt ist – wie Riemer (a.a.O. Anm. 19 unter Hinweis auf verschiedene nicht-veröffentlichte Entscheide der Kammer) darlegt – nicht durchweg einheitlich, obwohl im erwähnten Beschluss vom 3. Juni 1994 grundsätzlich an der bisherigen (bei Sträuli/Messmer, a.a.O., dargelegten) Praxis festgehalten wurde. Riemers Erwägungen beziehen sich allerdings vorab auf die früher von der Vorinstanz in solchen Situationen gepflogene Praxis, den Entscheid über das weitere Vorgehen bei der Erbenermittlung nicht selbst zu treffen, sondern der Vormundschaftsbehörde zu übertragen; diese Praxis ist von der Vorinstanz seither zu Recht aufgegeben worden, was nun aber zur Folge hat, dass die Vorinstanz als Eröffnungsbehörde nach objektiven Gesichtspunkten die ihr trotz der klaren (und an sich imperativen) Regelung von Art. 555 ZGB obliegende Wertung vorzunehmen hat.

Im vorliegenden Fall lässt sich aufgrund der konkreten Gegebenheiten – steuerlicher Nachlasswert von rund Fr. 1.3 Mio., weitläufige Verhältnisse, ausschließliche Begünstigung nicht-verwandter Personen – die vorinstanzliche Ermessensbetätigung nicht beanstanden, wenn auch der Rekurrentin zugestanden sei, dass sie nach ihrer subjektiven Einschätzung die Verhältnisse abweichend beurteilen mag; doch versteht sich, dass bei der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nicht leichtthin auf diese subjektive Einschätzung einer Miterbin und die von ihr behauptete Billigung ihres Vorgehens durch die weiteren testamentarisch Begünstigten abgestellt werden kann.

bb) Weiter ist zu prüfen, ob unter internationalprivatrechtlichen Gesichtspunkten (Nachlass einer US-Staatsbürgerin, welche ihren Nachlass testamentarisch dem Rechte des Staates New York unterstellt hat) allenfalls die Anordnung eines Erbenrufs außer Betracht fällt.

Die Doktrin äußert sich – soweit ersichtlich – nicht über die Zuordnung von Art. 555 ZGB, der nach seiner Stellung im ZGB zu den Sicherungsmaßnahmen gehört (mithin nach Art. 92 Abs. 2 IPRG unter das Eröffnungsstatut fällt: dazu allg. IPRG-Schnyder, Art. 92 N 6 f.; IPR-Komm/Heini, Art. 92 N 19; A. Bucher, Droit international privé Suisse, Bd. II, Basel 1992, Rz. 967 f.); andererseits ließe sich indes bei Anwendbarkeit von US-Recht auf die materielle Nachlassabwicklung denken, dass die Erbenermittlung (welcher der Erbenruf dient) an die Erbberechtigung anzuknüpfen hätte, welche sich bei gültiger Unterstellung unter das US-Heimatrecht nach dem Erbstatut zu richten hätte (IPRG-Schnyder, Art. 92 N 5). Da nun aber gerade die Gültigkeit der Unterstellung unter US-Recht solange pendent ist, als allfällige gesetzliche Erben die Möglichkeit haben, die Gültigkeit des Testaments anzufechten – was die Rekurrentin als aus dem Testament Begünstigte zwar als unrealistisch erachtet, im Eröffnungsverfahren aber nicht abschließend beurteilt werden kann –, würde eine extensive Anwendung des testamentarisch gewählten Erbstatuts – mit „Vorwirkung“ bereits auf den Entscheid über die Sicherungsmaßnahmen – einen logischen Zirkelschluss darstellen.“

c) Art. 555 ZGB, Art. 33 ZGB: Erbenruf, Vorgehen bei der Erbenermittlung (OGer. ZH, II. ZK, vom 19.5.1998)

Grundsätzlich sind (schweizerische) Zivilstandsurkunden, bei deren Fehlen auch andere Beweismittel beizuziehen, insb. solche, auf welche auch im Ausland bei der Erbenermittlung abgestellt würde (Erw. b)). Würdigung der von den Beteiligten im konkreten Fall vorgelegten Unterlagen (Erw. c), d)).

aa) Erwägungen

„b) Ob die von Art. 555 Abs. 1 ZGB vorausgesetzte Ungewissheit über die Erbfolge besteht, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Die Eröffnungsbehörde hat dabei wertend mitzuberücksichtigen, wie aussichtsreich ein Erbenruf und mit welchen – in Relation zum Nachlassvermögen womöglich unverhältnismäßigen – Kosten er mutmaßlich verbunden ist (vgl. Riemer, Beistandschaft für mögliche Personen, insbesondere für mögliche

Erben, in: FS Schnyder, Fribourg 1995, S. 561 ff., S. 566; Weber, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 5/97, S. 550 ff., S. 555).

Die Ermittlung der Erben erfolgt idealerweise anhand schweizerischer Zivilstandsurkunden (Art. 33 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 39 ff. ZGB, Art. 9 ZGB und Art. 27 f. ZStV; Spirig, Die Erbenermittlung, Zürich 1971, S. 21). Ausländische Zivilstandsurkunden stehen hinsichtlich der Beweiskraft gegebenenfalls den inländischen gleich (vgl. z. B. Abkommen über die Ausstellung gewisser für das Ausland bestimmter Auszüge aus Zivilstandsregistern v. 27.9.1956 [SR 0.211.112.111]; Übereinkommen über die Ausstellung mehrsprachiger Auszüge aus Zivilstandsregistern v. 8.9.1976 [SR 0.211.112.112]). Fehlt es an beweistauglichen Zivilstandsurkunden, sind auch andere Beweismittel beizuziehen (Art. 33 Abs. 2 ZGB; vgl. ZR 94/1995 Nr. 5 Erw. 3.a). So etwa sonstige amtliche Urkunden (Art. 9 ZGB), mitunter auch ausländische (vgl. Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung v. 5.10.1961 [SR 0.172.030.4]). Insbesondere kommen subsidiär Urkunden in Frage, auf welche auch im Ausland bei der Erbenermittlung abgestellt würde, wie z. B. eidesstattliche Erklärungen. Diese unterliegen freilich der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 148 ZPO; vgl. Spirig, a.a.O., S. 30 ff.). So können selbst Erklärungen von bereits bekannten Erben – zumindest im Zusammenhang mit weiteren Beweismitteln – eine Rolle spielen (a.M. offenbar Weber, a.a.O., S. 554), solange der Interessenverflechtung gebührend Rechnung getragen wird.

c) aa) Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, es habe urkundlich nicht abgeklärt werden können, ob der Erblasser nebst den Rekurrenten 1 und 2 noch weitere Kinder hinterlassen habe: mangels entsprechender Register in den USA sei ein urkundlicher Nachweis auch nicht zu erbringen. ...

bb) Der Rekursinstanz steht bei der Prüfung der Frage, ob die von Art. 555 Abs. 1 ZGB vorausgesetzte Ungewissheit über die Erbfolge besteht, die gleiche Kognition zu wie der Eröffnungsbehörde. Indes besteht kein Anlass, ohne zwingende Gründe von einer in pflichtgemäßer Ermessensausübung getroffenen Entscheidung abzuweichen.

Im vorliegenden Fall lässt sich die vorinstanzliche Ermessensbetätigung aufgrund der *seinerzeit* vorgelegenen Akten – Stand der eigenen Ermittlung sowie von den Erbprätendenten beigebrachte Unterlagen – nicht beanstanden: aufgrund der Aktenlage war durchaus von urkundlich nicht abschließend geklärten Verhältnissen auszugehen.

Allein der Umstand, dass beweismässig verdichtete Hinweise auf weitere, bis anhin unbekannte gesetzliche Erben fehlen, ließ den in Amtsprüfung zu ermittelnden Sachverhalt zufolge des spärlichen Aktenmaterials noch nicht als rechtsgenügend geklärt erscheinen. Vielmehr war anhand der Geburtsdaten der in Frage stehenden Personen die Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins weiterer Nachkommen nicht leichthin auszuschließen: ...

Das offenkundig nicht unbedeutende Nachlassvermögen von rund Fr. 500.000.– und der auf lediglich zwei Orte beschränkte und damit nicht übermäßige Publikationsaufwand ließen der Vorinstanz ebenfalls keinen Raum, aus Wertungsgesichtspunkten von der Anordnung des Erbenrufs abzusehen.

d) aa) Im Rekursverfahren haben die Rekurrenten nun neue Urkunden eingereicht (§ 278 ZPO i.V.m. § 267 ZPO, § 138 ZPO und § 115 Ziff. 4 ZPO), weshalb zu prüfen ist, ob die Notwendigkeit eines Erbenrufs nach wie vor besteht.

bb) Der Beweiswert der nachgereichten behördlichen Bescheinigung aus V/Kroatien ist – jedenfalls für sich allein genommen – als gering einzuschätzen.

Die Urkunde ist undatiert und unterscheidet sich in der Aufmachung – mit Ausnahme von Stempel und Unterschrift – wesentlich von der früher eingereichten. Verdächtig erscheint weiter die Verwendung des zu amtlichen Zwecken recht ungewöhnlichen Papiers [auf der Rückseite einer Menükarte!]. Wohl könnte dies mit den zurückliegenden Wirren im ehemaligen Jugoslawien zusammenhängen, doch ist aus demselben Grund auch nicht auszuschließen, dass sich amtliche Stempel in Händen Unberechtigter befinden. Unter diesen Umständen ist die Urkunde ohne die Formalität einer Legalisation durch eine übergeordnete Behörde des Errichtungsstaats (sog. Apostille; vgl. Art. 3 Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung v. 5.10.1961 [SR 0.172.030.4]) kaum beweiskräftig.

cc) Der Rekurrent 3 hat mittels notariell beglaubigter eidesstattlicher Versicherung vom 3./9. Februar 1998 (vgl. D-BeurkG) erklärt, [der Erblasser habe] „keine weiteren Kinder, auch keine adoptierten oder nichtehelichen“, gehabt. Eidesstattliche Versicherungen sind im deutschen Erbscheinsverfahren nach § 2353 ff. D-BGB taugliche Mittel zur Abklärung, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde. Die solchermaßen gesetzeskonform abgegebene und zu den vorliegenden Akten produzierte Erklärung kann demnach auch im hiesigen Verfahren berücksichtigt werden. Bei der freien richterlichen Würdigung ihres Inhalts ist namentlich auch zu beachten, dass die Erklärung zuständigenorts unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen falscher Angaben erfolgte. Für sich allein ist die fragliche Urkunde zwar nicht beweissbildend, im unwidersprüchlichen Zusammenhang mit der – ebenfalls mit Bedacht zu würdigenden – kroatischen Bescheinigung erscheint jedoch nunmehr hinreichend dargetan, dass [der Erblasser] keine weiteren Kinder hinterlassen hat.

dd) Die Rekurrenten 1 und 2 erklärten im notariell beglaubigten „sworn statement“ vom 17. Februar 1998, sie seien die einzigen Erben ... Auch in den USA ist es üblich, bei der Erbenermittlung auf den Eid oder eidesstattliche Erklärungen abzustellen (Spirig, a.a.O., S. 34; vgl. auch Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. VI, Grdz. US, N. 238 ff., N. 295). Die vorliegende Erklärung erfolgte jedoch ohne Hinweis auf irgendwelche strafrechtliche Nachteile für falsche Angaben, und der Inhalt gibt nicht abschließend Aufschluss über das Fehlen weiterer, namentlich vor- oder außerehelicher Nachkommen. Damit erscheint auch im Zusammenhang mit den weiteren Akten die von der Vorinstanz zu Recht gehegte Ungewissheit mit Bezug auf das Vorhandensein allfälliger weiterer Nachkommen nicht hinreichend ausgeräumt.“

d) Art. 551 ff. ZGB; §§ 211, 281 ff. ZPO: Notwendigkeit eines Erbenrufes (KassGer. ZH, 21.1.2001, ZR 100 [2001] 129 ff. Nr. 42)

Gegen (Rekurs-)Entscheide im Verfahren auf einseitiges Vorbringen ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig; Kognition der Kassationsinstanz (Erw. 1.a). Es verletzt klares Recht, einen Erbenruf anzuordnen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass sämtliche in Frage kommenden Erben bereits bekannt sind (Erw. 3)

aa) Sachverhalt

Im Zusammenhang mit dem Ableben von X. ordneten der Einzelrichter in Erbschaftssachen und – auf Rekurs hin diesen bestätigend – das Obergericht einen Erbenaufruf und eine Erbschaftsverwaltung an, nachdem sich nichteheliche (vom Erblasser als solche anerkannte) Nachkommen gemeldet hatten. Gegen den Rekursentscheid führten die ehelichen Nachkommen Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht mit dem Antrag auf Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen. Dieses hiess die Beschwerde gut und hob die entsprechenden Anordnungen ersatzlos auf.

bb) Erwägungen

„1. ... a) Im Hinblick auf die Überprüfungskompetenz des Kassationsgerichts (§ 285 ZPO) ist zunächst festzuhalten, dass gegen den angefochtenen Entscheid kein Rechtsmittel an das Bundesgericht zulässig ist, mit welchem die in Frage stehenden Rügen frei geprüft werden könnten. Namentlich ist im Rahmen der hier gegebenen freiwilligen (nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit mangels Vorliegen eines Endentscheides bzw. mangels Vorliegen einer Zivilrechtsstreitigkeit die Berufung ausgeschlossen (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 55 bei Anm. 19; Martin Karrer, in: Hon-sell/Vogt/Geiser (Hrsg), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB II, Basel 1998, N. 11 der Vorbemerkungen zu Art. 551-559, je mit Hinweisen; J.-F. Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, Berne 1990, titre II n. 1.2. 39 (S. 17), Art. 48 n. 1.1.2.3 (S. 269); Stephan Wolf, Die Sicherungsmaßnahmen im Erbgang (Art. 551-559 ZGB), ZBJV 1999, S. 181 ff, 189). Zulässig ist gegebenenfalls die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von Art. 68 ff. OG (vgl. BGE 118 II 108 E. 1, mit Hinweisen; Messmer/Imboden, a.a.O., Nr. 129 bei Anm. 3; Karrer, a.a.O.; Wolf, a.a.O.), doch können mit dieser nur bestimmte, hier nicht behauptete Mängel geltend gemacht werden.

Auch wenn nach einem Entscheid des Kassationsgerichts aus dem Jahre 1992 (u. a. in Anlehnung an BGE 98 II 272 ff.) davon auszugehen ist, dass hinsichtlich der Frage der Person des Erbschaftsverwalters die Berufung an das Bundesgericht in bestimmten Konstellationen zulässig – und die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde insoweit ausgeschlossen – ist (ZR 93 Nr. 15 ; Karrer, a.a.O., N. 27 zu Art. 554 ZGB), ist jedenfalls hinsichtlich der sich hier stellenden Fragen (wo es nicht um die Person des Erbschaftsverwalters und allfällige Interessenkollisio-

nen geht) gemäß zitierter Lehre und Rechtsprechung von der Unzulässigkeit der Berufung auszugehen (entsprechend auch die im angefochtenen Entscheid enthaltene Rechtsmittelbelehrung). Das Kassationsgericht ist somit – im Rahmen, wie er durch § 281 ZPO gesteckt wird (dazu nachfolgend) – zur Behandlung sämtlicher erhobener Rügen zuständig. Ob es sich im Übrigen – wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen – der Sache nach um die Anwendung von materiellem Verwaltungsrecht handelt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle; die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß §§ 281 ff. ZPO ist im Verfahren auf einseitiges Vorbringen gemäß § 211 ZPO (anders als im früheren nichtstreitigen Verfahren, vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 29) in jedem Fall zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 1997, N. 59 zu § 215 u. N. 9 zu § 281; Kass.-Nr. 96/259 Z v. 18. Oktober 1997 in Sachen C., Erw. II/1c). Im Übrigen gewährleisten die Sicherungsmaßnahmen gemäß Art. 551 ff. ZGB die ordnungsgemäße Durchführung des Erbgangs im Interesse der Verwirklichung des materiellen Erbrechts, womit sie jedenfalls einen zivilrechtlich begründeten Zweck verfolgen (Wolf, a.a.O., S. 184).

2. (...) c) aa) In rechtlicher Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen zunächst geltend, verschiedene Aspekte seien von der Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt worden; insbesondere sei das zentrale Argument zurückgewiesen worden, wonach die Existenz der bekannten außerehelichen Nachkommen des Erblassers überhaupt kein Grund zur Vermutung oder Unterstellung sei, es könnten noch weitere außereheliche Erben existieren, zumal die Beziehungen des Erblassers zu den bekannten außerehelichen Nachkommen während Jahrzehnten relativ intensiv und finanziell geregelt gewesen seien. Völlig unhaltbar sei die Unterstellung bzw. Vermutung der Vorinstanzen, wonach die Tatsache, dass der Erblasser anerkanntermaßen außereheliche Kinder gezeugt habe, darauf schließen lasse, dass er möglicherweise weitere außereheliche Kinder gezeugt habe; dies könne theoretisch jedem Menschen unterstellt werden.

bb) Das Obergericht hat zur Begründung seines Entscheides darauf hingewiesen, es genüge eine gewisse (relativ geringe) Wahrscheinlichkeit der Existenz weiterer gesetzlicher Erben. Dabei stellte es zunächst auf die lückenhafte urkundliche Sachlage ab und erwoh weiter, es sei nicht auszuschließen, dass der Erblasser neben den bisher bekannten ehelichen und außerehelichen weiteren außereheliche Nachkommen gehabt habe. Dem Umstand, dass der Erbenruf in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle (immerhin unter Vorbehalt gewisser Gegenbeispiele) keine Ergebnisse zeitige, maß es ausdrücklich keine Bedeutung zu, ebenso wenig der subjektiven Überzeugung der Beteiligten. Das Obergericht erachtete es als „nicht lebensfremd“ anzunehmen, dass weitere Beziehungen wie diejenigen zu den Müttern der heute bekannten außerehelichen Nachkommen bestanden, welche der Erblasser – „aus welchen Gründen auch immer“ – nicht durch zivilstandsregisterliche Anerkennung legalisiert habe. Entscheidend sei, dass der Erblasser durch sein Verhalten dargetan habe, dass in seinem Fall ganz konkret mit einer Mehrheit außerehelicher Beziehungen an verschiedenen Orten seiner jeweiligen beruflichen Auslandsaufenthalte zu rechnen sei.

Mit dieser Betrachtungsweise hat die Vorinstanz (losgelöst vom nachfolgend unter Erw. 3 zu erörternden Aspekt) jedenfalls kein klares Recht verletzt. Sie hat den von den Beschwerdeführerinnen genannten Gesichtspunkten sowohl formell wie materiell Rechnung getragen, und das Ergebnis erscheint jedenfalls als vertretbar, ohne dass zu prüfen ist, ob ein anderer Entscheid ebenfalls vertretbar gewesen wäre. Wenn die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang der Vorinstanz vorwerfen, sie werte das Verhalten des Erblassers negativ, indem sie unterstelle, er habe die Kraft und Zeit gehabt, außer zu seiner „offiziellen“ Familie und zu den beiden „inoffiziellen“ Familien noch zu weiteren Personen familienähnliche und eheähnliche Beziehungen zu unterhalten, ist die Rüge unbegründet; es handelt sich nicht um eine (moralische) Bewertung des Verhaltens, sondern um die Erörterung einer zumindest nicht völlig ausschließenden Eventualität; im Übrigen geht die Vorinstanz nicht davon aus, dass der Erblasser in diesen möglichen Fällen notwendigerweise eine gleich intensive Beziehung gehabt haben müsse wie in den bekannten Fällen. Es kann auch keine Rede davon sein, dass dem Erblasser unterstellt würde, er habe „überall auf der Welt“ weitere „außereheliche Beziehungen gepflegt und erst noch außereheliche Kinder gezeugt“; selbstverständlich würde schon der Nachweis eines einzigen weiteren außerehelichen Nachkommen die angefochtene Maßnahme vom Ergebnis her rechtfertigen.

d) Mit ihren weiteren Vorbringen rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der Officialmaxime; der Sache nach geht es aber wiederum um die Frage, ob die Vorinstanz bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen Erbenruf von zutreffenden Kriterien ausgegangen ist, also um die Frage der Verletzung (klaren) materiellen Rechts. Die Rüge ist also unter § 281 Ziff. 3 ZPO zu subsumieren.

Wenn die Beschwerdeführerinnen – unter Berufung auf Karrer, a.a.O., N. 8 der Vorbemerkungen – in diesem Zusammenhang geltend machen, bei der Anwendung von Art. 555 ZGB komme der Behörde kein Ermessen zu, beruht dies auf einem unzutreffenden Verständnis der fraglichen Bestimmung. Ein Ausschluss des Ermessens kann hinsichtlich Art. 555 ZGB nur hinsichtlich der Rechtsfolge gelten, d. h. die Behörde muss immer dann, wenn sie die Voraussetzungen (Ungewissheit über das Vorhandensein weiterer Erben) für gegeben hält, den Erbenruf anordnen. Hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen besteht jedoch – wie in jeder Auslegungsfrage – ein gewisser Ermessensspielraum; ob die Vorinstanz diesen Ermessensspielraum eingehalten oder überschritten hat, deckt sich letztlich mit der Frage, ob sie klares materielles Recht verletzt hat.

Gerade mit dem Hinweis darauf, dass in jedem Erbfall die theoretische Möglichkeit besteht, dass der Erblasser weitere, nicht bekannte Erben hinterlassen hat, gestehen die Beschwerdeführerinnen zu, dass die Behörde sich im konkreten Fall anhand der ihr bekannten Umstände ein Urteil darüber bilden muss, ob sie die Voraussetzungen für einen Erbenruf für gegeben erachtet oder nicht, denn es ist offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes, dass in allen Fällen ein Erbenruf zu ergehen hat. Die grundsätzliche Vermutung, dass bei einem Erblasser, der bekanntermaßen außereheliche Nachkommen hinterlassen hat, eine grössere Wahrscheinlichkeit für weitere, noch nicht bekannte Erben besteht als in den anderen Fällen, ist nicht abwegig. Jedenfalls erscheint es als vertretbar, in

solchen Fällen entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Die dagegen vorgetragenen statistischen Mutmassungen zielen jedenfalls insofern an der Sache vorbei, als im vorliegenden Fall angesichts der Tatsache, dass der Erblasser zugestandenermaßen drei außereheliche Nachkommen hat und zudem aufgrund seiner beruflichen Aktivitäten und finanziellen Möglichkeiten ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, weitere Nachkommen zu zeugen und angemessen für sie zu sorgen, ohne dass seine Familie davon erfahren hätte, lässt die Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines oder mehrerer weiterer Nachkommen an sich nicht als unvertretbar erscheinen.

(...)

3.a) Die Beschwerdeführerinnen sind weiter der Auffassung, es könne mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass allfällige weitere Nachkommen des Erblassers, so es welche gäbe, sich angesichts der Publizität des Erblassers zu Lebzeiten bzw. anlässlich des Ablebens bei den Familienangehörigen oder bei irgendwelchen Ämtern gemeldet hätten, sodass ein Erbenruf insoweit offensichtlich keine weiteren Resultate zeitigen würde.

Im Einzelnen sei davon auszugehen, dass allfällige weitere Nachkommen (bzw. deren Mütter) aus den Medien vom Ableben des Erblassers längst erfahren haben müssten, weil der Tod „fast flächendeckend und international im Rundfunk und Presse“ publik gemacht worden sei, wie dies für „Normalsterbliche“ nie der Fall sei. Habe sich aber ein weiterer Nachkomme damals nicht gemeldet, könne nicht angenommen werden, er werde sich heute auf einen Erbenruf hin (der niemals die gleiche Aufmerksamkeit erzielen könnte) melden.

Vor den Vorinstanzen hätten – so die Beschwerde weiter – die Beschwerdeführerinnen Beweis darüber eingereicht und angeboten, in welchen elektronischen Medien und in welchen Printmedien über das Ableben des Erblassers – zum Teil in großem Stil – berichtet worden sei, wobei diese Beweismittel offensichtlich entgegen §§ 55, 56, 211 Abs. 1 Satz 2, 212 Abs. 3 ZPO und Art. 4 (a) BV unberücksichtigt geblieben seien. Angesichts dieser besonderen Umstände erweise sich der Erbenruf nicht nur als völlig unnötig, sondern im Gegenteil als sinn- und nutzlos, indem er unnötig hohe Kosten sowie weitere Probleme verursache. Gäbe es – was bestritten werde – weitere Nachkommen, würden schließlich deren Erbensprüche durch den Verzicht auf einen Erbenruf nicht tangiert, denn der Erbteilungsanspruch aller Erben sei unverjährbar (Art. 604 ZGB).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz somit in diesem Zusammenhang einerseits klares materielles Recht (Art. 551 Abs. 1 ZGB), andererseits die Officialmaxime verletzt, letzteres dadurch, dass sie es unterlassen habe, von Amtes wegen auch alle Überlegungen und Argumente zu prüfen, welche die in Frage stehende Maßnahme als unnötig bzw. sinnlos erscheinen ließen.

b) Nach Art. 551 Abs. 1 ZGB hat die zuständige Behörde die zur Sicherung des Erbgangs „nötigen Maßregeln“ zu treffen. Ob Maßregeln „nötig“ sind, ist unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände und Aspekte zu beurteilen. Ein besonderer Aspekt ist im vorliegenden Fall zweifellos darin zu erblicken, dass es sich beim Erblasser um einen international bekannten Geschäftsmann (...) handelte, der schon zu Lebzeiten eine nicht unerhebliche Aufmerksamkeit in

den Medien erfahren hatte und über dessen Ableben im Jahre ... in den Medien ebenfalls berichtet wurde.

Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid dazu erwogen, es sei „trotz der seinerzeitigen, lediglich allgemeinen Berichterstattung in den Medien über den Hinschied des Erblassers“ nach wie vor sinnvoll, einen förmlichen Erbenruf anzuordnen, weil nicht davon auszugehen sei, dass alle möglicherweise weiter am Nachlass Beteiligten davon Kenntnis haben, dass sie Ansprüche am Nachlass haben bzw. in welcher Form sie dies geltend machen müssen.

c) Mit ihrer Rekurschrift hatten die Beschwerdeführerinnen keine Beweismittel für die Berichterstattung über das Ableben des Erblassers eingereicht oder genannt; hingegen reichten sie mit einer nachträglichen Stellungnahme Belege aus Zeitungen und Zeitschriften zur Berichterstattung über das Ableben des Erblassers ein; auch sei in den öffentlich-rechtlichen und privaten Fernseh- und Radiosendern darüber berichtet worden. Ob das Obergericht diese Eingabe mit den genannten Beweismitteln als rechtzeitig betrachtete oder nicht, ist nicht klar, da sich dem angefochtenen Entscheid dazu nichts entnehmen lässt; auf jeden Fall ist die Eingabe richtigerweise als zulässig zu betrachten, weil Noven nach § 115 ZPO während der ganzen Dauer des Rekursverfahrens zulässig sind (§§ 278, 267 ZPO) und weil im vorliegenden Verfahren gemäß § 211 Abs. 1 Satz 2 ZPO die *Offizialmaxime* gilt, sodass sich die Zulässigkeit auf § 115 Ziff. 4 ZPO stützen kann. Insofern steht auch der Berücksichtigung dieser Akten im Beschwerdeverfahren nichts entgegen.

d) Aufgrund der im Rekursverfahren eingereichten Zeitungsausschnitte unterliegt keinem ernstlichen Zweifel, dass über das Ableben des Erblassers ... jedenfalls im deutschsprachigen Raum in praktisch sämtlichen Presseerzeugnissen – teilweise ausführlich und an prominenter Stelle – berichtet wurde, damit ist auch ohne weiteres davon auszugehen, dass dieses Ereignis im Radio und Fernsehen erwähnt wurde. Unter diesen Umständen muss aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass allfällige weitere Nachkommen des Erblassers, die sich ihrer Abstammung bewusst sind und somit erbrechtliche Ansprüche geltend zu machen gewillt sind, von diesem Ereignis ... auf irgendeine Weise Kenntnis genommen und sich damit im Hinblick auf ihre Ansprüche entweder bei der Familie des Erblassers oder bei einer entsprechenden Behörde gemeldet hätten. So waren denn spätestens ... drei Monate nach dem Tod des Erblassers sämtliche heute bekannten Erben über den Tod des Erblassers im Bilde, da sie am ... einen „Vertrag betr. die Hinterlassenschaft X“ unterzeichneten. Wenn sich damals und bis zum heutigen Zeitpunkt keine weiteren Nachkommen meldeten, ist mit der gleichen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass keine weiteren Nachkommen existieren. Damit fehlt es klarerweise an der Notwendigkeit erbsichernder Maßnahmen im Sinne von Art. 551 Abs. 1 ZGB. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz, wonach gewissermaßen auch die kleinste Ungewissheit bzw. Wahrscheinlichkeit weiterer gesetzlicher Erben für die Anordnung erbsichernder Maßnahmen genüge, hätte zur Folge, dass in jedem Erbfall ein Grund für solche Maßnahmen bejaht werden könnte. Diese Auffassung ist unvertretbar. Zwar liegen, soweit ersichtlich, keine gerichtlichen Entscheide oder Lehrmeinungen zu der hier gegebenen besonderen Konstellation

vor, was aber die Annahme klaren Rechts nicht ausschließt, wenn keinerlei sachlichen Gründe ersichtlich sind, welche für die angefochtene Rechtsauffassung sprechen.

Dass – wie die Beschwerdeführerinnen an sich zu Recht ausführen – allfällige Erbensprüche weiterer gesetzlicher Erben materiell vom vorliegenden Verfahren ohnehin nicht berührt werden (vgl. auch Wolf, a. a. O., S. 189), ist an sich bei der hier zu prüfenden Frage nicht von ausschlaggebender Bedeutung; immerhin ist es ein weiterer Gesichtspunkt, der jedenfalls den Verzicht auf die Anordnung eines Erbenrufs unter den besonderen Umständen nahelegt.

e) Bei dieser Sachlage muss auf die weiteren Argumente der Beschwerde grundsätzlich nicht näher eingegangen werden. Nicht stichhaltig wäre jedenfalls das Argument, wonach wegen bereits durchgeführter Erteilung unter den bekannten Erben keine Erbsicherungsmaßnahmen mehr angeordnet werden könnten. Diese Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass die bekannten Erben es in der Hand hätten, durch sofortigen Abschluss eines Erbeabfindungsvertrages zum Nachteil allfälliger noch nicht bekannter Erben Sicherungsmaßnahmen im Sinne von Art. 551 ff. ZGB zu verunmöglichen, was offensichtlich nicht der Sinn des Gesetzes sein kann.“

cc) Bemerkungen

In der Sache ist anzumerken, dass die Würdigung der tatsächlichen Gegebenheiten nur schwer je klares Recht verletzen dürfte. Gewiss lässt der Umstand, dass ein Erblasser nebst ehelichen auch *uneheliche* Kinder (im konkreten Fall immerhin von *zwei* „Nebenfrauen“) hinterlassen hat, nicht den Schluss zu, er habe mit einer unbeschränkten Zahl weiterer Frauen ebenfalls noch außereheliche Kinder gehabt (weil ansonsten – wie ein um das Ansehen seines Vaters besorgter Rekurrent einmal moniert hatte – angesichts heutiger Reise- und Lebensgewohnheiten im Nachlass jedes Mannes ungeachtet der Umstände im Einzelnen Erbenrufe weltweit anzuordnen wären). Im konkreten Fall war indes für die Vorinstanz ausschlaggebend, dass der Erblasser beruflich nicht nur an den Orten tätig war, wo er die (bekannten) „Nebenfrauen“ hinterließ, sondern in gleicher Altersphase auch noch (schwerpunktmäßig) an einem weiteren Ort; dass die Verhältnisse mit den beiden bekannten „Nebenfrauen“ durch private Absprachen „legalisiert“ waren, lässt nach menschlichem Ermessen und allgemeiner Lebenserfahrung nicht den Schluss zu, es seien *alle* (und damit auch allfällige *weitere*) „Nebenfrauen“ gleich behandelt worden. *Überaus heikel scheint sodann, Medienberichte über den Tod einer Person der Zeitgeschichte (Politiker, Sportler, Wirtschaftsführer, Show-Biz-Größe usf.) an Stelle eines behördlich angeordneten Erbenrufs treten zu lassen.* Setzt der behördlich angeordnete Erbenruf nicht eben doch eine gewis-

se behördliche Analyse der Umstände voraus, während eher unerwünscht scheint, dass Medienberichte über den Tod eines Erblassers von dessen „außerfamiliären Umfeld“ bereits zwingend als Anlass zum Begehren um nachlasssichernde Anordnungen genommen werden sollen oder gar (Fristwahrung!) müssen.

e) Art. 551 Abs. 2 und 554 ZGB; Art. 392 Ziff. 1 ZGB. *Befugnisse und Aufgaben des Erbschaftsverwalters bzw. eines Beistands* (OGer. ZH, II. ZK, vom 24.11.95)

Wo eine Erbschaftsverwaltung als speziellere Vorkehr angeordnet ist, erübrigt sich eine Beistandschaft; die Erbschaftsverwaltung erstreckt sich auf den ganzen ungeteilten Nachlass (insb. Erw. 3.a), und es ist in diesem Rahmen keine ehgüterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen oder auch nur vorzubereiten, welche bei streitigen Verhältnissen vom Erbteilungsrichter durchzuführen sein wird.

aa) Sachverhalt

Der vorliegende Streit schließt an den Entscheid ZR 94 (1995) Nr. 5 (vgl. hinten, 2.f) an, betreffend das Vorgehen bei Ausstellung der Erbbescheinigung, wenn unter gesetzlichen Erben die Berechtigung einzelner bestritten ist. Den (mutmaßlichen, aber nicht zivilstandsurkundlich ausgewiesenen) Brüdern des Erblassers, welche sich auf den Erbenruf hin gemeldet hatten, war Frist angesetzt worden zur Klage gestützt auf Art. 33 Abs. 2 ZGB zum Nachweis ihrer Erbbererechtigung neben der überlebenden Ehegattin, welche verwandtschaftliche Beziehungen der „Brüder“ bestritt; diese erhoben rechtzeitig Klage, welche pendente ist. Im erwähnten Entscheid war die Fortdauer der bereits vorgängig im Rahmen des Erbenrufs veranlasste Erbschaftsverwaltung angeordnet worden. Daneben bestand eine von der Vormundschaftsbehörde angeordnete „Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB“ mit dem Zwecke, „die Interessen der [damals noch] unbekannt abwesenden Erben bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ... zu vertreten“.

Nachdem sich die mutmaßlichen Brüder des Erblassers gemeldet hatten, hob die Vormundschaftsbehörde zunächst diese Vertretungsbeistandschaft auf, ordnete sie aber kurz darauf wieder an, da „die Erben bis zur Feststellung ihrer Erbbererechtigung nicht handeln können und folglich weiterhin eines Vertreters bedürfen“ und der mit der Erbschaftsverwaltung betraute Notar darum ersucht habe, einen „Beistand zur Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu bestellen“, welche „nicht weiterhin sistiert werden“ dürfe. Der Notar als Erbenvertreter war der Auffassung, den Nachlass erst nach Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung in Verwaltung nehmen zu können.

bb) Erwägungen

„1. Die Vormundschaftsbehörde bestellte für „die möglichen weiteren Erben“ des Erblassers gestützt auf Art. 392 Ziff. 1 ZGB einen Beistand. Gemäß dieser Bestimmung ist ein Beistand zu bestellen, „wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit od. dgl. weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag“. Mit den „möglichen Erben“ meinte die Vormundschaftsbehörde die Beklagten 2 und 3, welche zu handeln nicht in der Lage seien, weil eben um ihre Erbenstellung prozessiert werde.

2. a) Mit Rekursentscheid vom 12. Mai 1993 (vgl. ZR 94/1995 Nr. 5) ordnete die erkennende Kammer an, dass die Erbschaftsverwaltung im Nachlass im Sinne von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB fortzuführen sei; gleichzeitig setzte die erkennende Kammer den Beklagten 2 und 3 Frist an, ein ordentliches Verfahren auf Feststellung ihrer Erbbererechtigung einzuleiten.

b) Die Erbschaftsverwaltung gehört zu den vorsorglichen Maßregeln des ZGB (vgl. Art. 551 Abs. 2 ZGB), ja sie ist die wichtigste im Gesetz vorgesehene Sicherungsmaßregel überhaupt (vgl. Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, S. 705). Mit ihr soll gewährleistet werden, dass der Wert des Nachlasses möglichst erhalten bleibt. Der Erbschaftsverwalter verwaltet die Erbschaft aus eigenem Recht und im eigenen Namen. Im Gegensatz zum Willensvollstrecker hat der Erbschaftsverwalter keine Befugnis, die Teilung des Nachlasses vorzubereiten; entgegen dem Wortlaut von Art. 518 Abs. 2 ZGB kommt aber selbst dem Willensvollstrecker die Befugnis nicht zu, die Teilung des Nachlasses „auszuführen“ (vgl. Druey, Grundriss des Erbrechts, 3. A., S. 153). Sind die Erben darüber nicht einig, so ist dies vielmehr Sache des Richters im Rahmen des Erbteilungsprozesses, und zwar ungeachtet darum, ob ein Willensvollstrecker oder ein Erbschaftsverwalter bestellt ist.

Wohl ist der Willensvollstrecker – im Gegensatz zum Erbschaftsverwalter – nach herrschender Auffassung dazu befugt, sich mit dem überlebenden Ehegatten im Sinne einer Vorbereitung der Teilung bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu einigen (ZR 91/92 Nr. 46 S. 181 f.; Druey, a.a.O., S. 153; Hausheer/ Reusser/ Geiser, Berner Kommentar, N 21 zu Art. 215 ZGB). Wo dies aber nicht möglich ist, wird es selbst bei Vorhandensein eines Willensvollstreckers Sache des Richters sein, die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen. Da der überlebende Ehegatte in der Regel auch Erbe ist, geschieht dies bei streitigen Verhältnissen üblicherweise im Rahmen des Erbteilungsprozesses: Vorfrageweise werden die güterrechtlichen Streitpunkte vom Richter zu prüfen sein, hat doch der Richter im Rahmen der Teilungsklage den Nachlass festzustellen (Art. 604 ZGB; Escher N 5 zu Art. 604 ZGB; Tuor/Piceni, N 4 zu Art. 604 ZGB). Der Vorschlag oder Rückschlag, welcher sich nach Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung ergibt, wird in der Regel als rechnerische Größe bei der Erbteilung zu Gunsten oder zu Lasten des Nachlasses zu berücksichtigen sein. Um so mehr muss diese Rechtslage gelten, wenn lediglich ein Erbschaftsverwalter bestellt wurde, dem eben nicht die Befugnis zukommt, die Teilung des Nachlasses vorzubereiten.

3. a) Wichtigste Aufgabe des Erbschaftsverwalters ist es, alles vorzukehren, um den Nachlass zu sichern, denn die Fürsorge des Erbschaftsverwalters erstreckt sich auf die *ganze ungeteilte Erbschaft* (vgl. für viele: Escher, N 15 zu Art. 554 ZGB; Tuor/Piceni, N 18 zu Art. 554 ZGB; Piotet, SPR IV/2, S. 700 ff.). Dass sich auch güterrechtliche Fragen stellen, ist in strittigen Fällen die Regel. In solchen Fällen erfolgt aber die güterrechtliche Auseinandersetzung, wie erwähnt, zumeist durch den Richter im Rahmen eines Erbteilungsprozesses.

b) Die Vormundschaftsbehörde geht in ihrem Entscheid davon aus, dass das Notariat die Erbschaftsverwaltung erst nach Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufnehmen könne. Aus diesem Grunde dürfe die „güterrechtliche Auseinandersetzung nicht weiterhin sistiert werden“. Diese Auffassung bestätigt sie auch in ihrer an den Bezirksrat gerichteten Vernehmlassung vom 12. April 1995, wo sie schreibt, dass unter den gegebenen Verhältnissen eine Gefährdung des Nachlasses als möglich erscheine, weshalb der Beistand „zwecks raschmöglicher Einsetzung der Erbschaftsverwaltung“ ... „unverzüglich die güterrechtliche Auseinandersetzung durchzuführen“ habe. Im angefochtenen Entscheid des Bezirkrates wird diese Sicht der Dinge bestätigt, indem ausgeführt wird, dass ein Teil der vorhandenen Vermögenswerte von der Klägerin nach Jugoslawien gebracht worden sein soll. Die vom früheren Beistand am 27. Oktober 1992 angeordnete Sistierung der güterrechtlichen Auseinandersetzung erscheine „im Hinblick auf die nötige Sicherstellung problematisch“. An der Sicherung des Nachlasses bestehe ein „dringliches Interesse“.

Damit übernehmen sowohl die Vormundschaftsbehörde als auch der Bezirksrat im Ergebnis die Rechtsanschauung, wonach Voraussetzung für die Übernahme der in Frage stehenden Erbschaftsverwaltung die vorgängige güterrechtliche Auseinandersetzung sei.

Aus dem Bericht des Notariatsinspektorates ist ersichtlich, dass gewisse Sicherungsmaßnahmen getroffen wurden. Darüber ist hier jedoch nicht zu befinden. Das wäre allenfalls Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens nach § 218 ZPO, zu welchem die Beklagten 2 und 3 jedenfalls legitimiert wären.

4. a) Den Rechtsauffassungen, wie sie in den Entscheiden der Vormundschaftsbehörde und des Bezirkrates sowie in den Briefen des Notariates zum Ausdruck kommen, ist nicht zu folgen: Das vom Gesetz vorgesehene Instrument für die Sicherung des Nachlasses ist die *Erbschaftsverwaltung* und nicht irgendeine Beistandschaft. Genau zur Sicherung des Nachlasses ordnete denn auch die erkennende Kammer am 12. Mai 1993 die *Fortführung der bereits früher angeordneten Erbschaftsverwaltung* an. Nicht zugänglich ist es, wenn der Erbschaftsverwalter seinen „Inventur- und Verwaltungsauftrag“ erst wahrnehmen will, wenn der Beistand die güterrechtliche Auseinandersetzung durchgeführt haben wird. Wäre diese Anschauung richtig, dann käme der Erbschaftsverwalter in strittigen Fällen, in denen seine Intervention not tut, regelmäßig erst dann zum Zuge, wenn der Streit vom Richter bereits aus der Welt geschafft worden wäre. Wie erwähnt, kann nämlich in solchen Fällen die güterrechtliche Auseinandersetzung nur der Richter durchführen, was naturgemäß Jahre dauern kann. Dass der Erbschaftsverwalter gerade bei solchen Gegebenheiten ungeachtet der Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Ver-

waltung des ungeteilten Erbes zu übernehmen und namentlich so schnell wie möglich die notwendigen Sicherungsmaßnahmen zu veranlassen hat, versteht sich von selbst. Wie erwähnt, führt der Erbschaftsverwalter die Verwaltung des Nachlasses aus eigenem Recht und in eigenem Namen durch. Dabei hat er sich auf diejenigen Rechtstitel zu stützen, die bereits dem Erblasser zu dessen Lebzeiten zustanden, wobei diese Rechtstitel von einer etwaigen güterrechtlichen Auseinandersetzung unabhängig sind. Da sich der Erbschaftsverwalter um den *ungeteilten Nachlass* zu kümmern hat, braucht er sich um die güterrechtliche Auseinandersetzung überdies so wenig zu kümmern wie um die Erbteilung, zumal das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich lediglich in einer rechnerischen Größe besteht. Sämtliche notwendigen Sicherungsmaßnahmen kann der Erbschaftsverwalter ohne weiteres aus Rechtstiteln, die dem Erblasser zustanden, veranlassen, und zwar mit der Wirkung, dass das Vermögen des Erblassers zumindest in gleicher Art gesichert werden kann, wie das der Erblasser zu Lebzeiten selber hätte veranlassen können. Mehr ist aber grundsätzlich nicht nötig und nicht möglich. Auch bezüglich eines verheiratet gewesenen Erblassers stellt die Erbschaftsverwaltung die wichtigste vom Gesetz vorgesehene Sicherungsmaßregel dar. Es ist nicht einzusehen, weshalb die vom Erbschaftsverwalter zu treffenden Sicherungsmaßnahmen erst sollen greifen können, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung durchgeführt sein wird. Hatte der Erblasser z. B. güterrechtliche Ansprüche auf Gegenstände, die im Eigentum seiner überlebenden Ehefrau stehen, dann können daraus unter Umständen dereinst obligatorische Ansprüche zugunsten der Teilungsmasse entstehen. Zu kümmern darum braucht sich aber der Erbschaftsverwalter nicht. Mit der Erbschaftsverwaltung stellt das Gesetz aber ein Instrument zur Verfügung, welches die Interessen sämtlicher Erben genügend wahrt. Für die Bestellung eines Beistandes nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB besteht daher unter diesem Gesichtspunkt nicht das geringste Bedürfnis. Ungeachtet des Güterstandes, in dem sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befand, hat der Erbschaftsverwalter genügend Handhabe, die Interessen der Erben wahrzunehmen. Die Bestellung eines Beistandes ist mithin unnötig und daher gemäß Art. 392 Ziff. 1 ZGB unzulässig.

b) Vom Gesagten abgesehen, könnte mit einer Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB das von der Vormundschaftsbehörde anvisierte Ziel denn auch gar nicht erreicht werden. Unbestritten ist die Darstellung der Klägerin, wonach in dem zwischen ihr und den Beklagten 2 und 3 beim Bezirksgericht anhängigen Prozess die güterrechtliche Auseinandersetzung „von A-Z umstritten“ sei, und zwar auch insoweit als sie zwischen dem früheren Beistand und der Klägerin bereits „einvernehmlich abgehandelt“ worden sei. Dies entspricht ganz der Erfahrungstatsache, wonach in strittigen Fällen, wie dem vorliegenden, jede Streitpartei im Rahmen eines Erbteilungsprozesses einen möglichst großen Anteil der vorhandenen Vermögenswerte unter dem Titel Güterrecht für sich zu beanspruchen versucht. Dem für die Beklagten 2 und 3 zu bestellenden Beistand können aber bei einer solchen Auseinandersetzung keine andern und namentlich auch keine weitergehenden Kompetenzen zukommen als den Verbeiständeten selbst, wenn sie handlungsfähig wären. Die Regelung einer strittigen güterrechtlichen Auseinandersetzung lässt sich aber, wie erörtert, nur auf dem Prozessweg vornehmen; diesen Weg haben denn auch die Beklagten 2 und

3 im vorliegenden Fall ja bereits eingeschlagen, so dass nicht einzusehen ist, was ein Beistand bei dieser Sachlage noch auszurichten hätte. Die unter dem Gesichtspunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung sich aufdrängenden Sicherungsmaßnahmen, die nicht bereits der Erbschaftsverwalter kraft Erbrechts veranlassen kann, sind aber diesfalls von Beklagten 2 und 3 selbst im Rahmen des von ihnen beim Bezirksgericht anhängig gemachten Teilungsprozesses zu veranlassen, indem sie dort gegebenenfalls die geeigneten Anträge auf Erläss vorsorglicher Maßnahmen zu stellen haben. Dafür bedürfen aber die Beklagten keines Beistandes, sind sie doch offensichtlich in der Lage ihren Rechtsanwalt in der Schweiz zu instruieren. Die Annahme von Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat, wonach die Beklagten 2 und 3 im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB nicht in der Lage seien, selber zu handeln, ist mithin nicht haltbar.“

cc) Bemerkungen

(1) Dass die Aufgaben des Erbschaftsverwalters – soll die Vorkehr Sinn machen – nicht zu eng gesehen werden dürfen, wurde bereits früher dargelegt (vgl. Peter Breitschmid, Besprechung von zwei unveröffentlichten Entscheiden des BGer. vom 21.6.1995 und 13.7.1995, AJP 5 (1996) 1292-1295, und 1287-1292). Es ging in diesen den bekannten „Agusta-Komplex“ betreffenden Fällen nicht darum, dass die vom Erblasser gewählten Trust-(ähnlichen) Konstruktionen nicht hätten respektiert werden sollen, sondern darum, dass die (noch) nicht geschiedene Ehegattin im Erbgang nach wie vor die ihr zustehenden Pflichtteils- und damit *Auskunftsansprüche* hatte (vgl. vorne, 1. f)).

„5. In welchem Umfang ist nach Abschluss eines Sicherungsinventars [seitens des Erbschaftsverwalters] weiterem Nachlassvermögen nachzuforschen!“

Man mag einwenden, das Sicherungsinventar zusammen mit allfälligen Hinweisen auf streitige lebzeitige Zuwendungen möge genügen, dereinst die Erbteilung durchzuführen, deren Vorbereitung ohnehin (nur) den Erben (ggf. unter dereinstiger Mitwirkung des Enterbten) obliege. Je nach den konkreten Verhältnissen kann dies durchaus zutreffen. Allerdings gehört es zu den Aufgaben des Erbschaftsverwalters, sich *effektiv* in den Besitz des Nachlasses (zu diesem Begriff anschließend) zu setzen; dazu der vom BGer. verschiedentlich zitierte Yung (SJ 1947 459 f.): „*Afin de remplir son mandat, l'administrateur doit se mettre en possession de l'hérédité. Il doit donc se faire remettre les objets mobiliers dépendant de la succession, ou les déposer en mains tierces à sa disposition et non à celle des héritiers. Il doit ... d'une manière générale prendre toutes dispositions utiles pour pouvoir exercer la maîtrise effective des choses qui composent la succession. Il peut*

et il doit tenter action contre les héritiers ou contre les autres possesseurs des biens héréditaires, en cas de nécessité, pour en obtenir la délivrance. Il pourrait aussi requérir le concours de l'autorité qui l'a désigné, à l'effet de sommer les détenteurs de ces biens de les lui remettre, une sommation ayant peut-être plus de force et de chance de succès si elle émane de l'autorité que si elle émane de lui. ... La prise de possession de l'hérédité par l'administrateur n'a pas seulement pour but de lui permettre de la gérer, mais encore d'empêcher les héritiers d'en disposer et d'exercer sur elle des droits dont ils sont temporairement privés.“ In diesem Rahmen bestimmen sich auch seine prozessualen Befugnisse (Yung, SJ 1947 462/463, 469).

Die beiden unterschiedlichen Sicherungsmittel des *Inventars* einerseits und der *Erbschaftsverwaltung* andererseits sollen *kumulative* Sicherheit bewirken: Der Erbschaftsverwalter ist *nicht* auf die Verwaltung der im *Inventar* verzeichneten Werte *beschränkt*, sondern zur Verwaltung des *Nachlasses verpflichtet*; das *Inventar bildet Grundlage*, aber *nicht Schranke seiner Tätigkeit*. In der Doktrin wird einhellig, wenn auch eher knapp die Zulässigkeit von Prozessen bejaht, mittels deren die Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Nachlass festgestellt werden soll (BK-Tuor/Picenoni, N 18 ff. und ZK-Escher, N 12 ff., je zu Art. 554 ZGB; Piotet, SPR IV/2 § 88 V.C, S. 707 f.; Yung, SJ 1947 456 f.; BGE 54 II 200; 79 II 116 f.). Die Verwaltungszuständigkeit des Erbschaftsverwalters erstreckt sich auf die *ganze ungeteilte Erbschaft* (BK-Tuor/Picenoni, Art. 554 ZGB N 18 bzw. ZK-Escher, Art. 554 N 15; Piotet, SPR IV/2 § 88 V.A, S. 705 Anm. 10, im Gegensatz zu § 72 IV, S. 559; Yung, SJ 1947 459 f. [zit.]).

Zum (zu sichernden) *Nachlass* gehören zunächst jene Vermögenswerte, welche dem Erblasser im Zeitpunkt seines Todes rechtlich oder wirtschaftlich zugeordnet waren. Der Nachlass ist aber eine (durch den Gang der Dinge im allgemeinen und konkrete Verwaltungsvorkehren veränderliche) *Wertgröße* unter Einschluss ausgleichspflichtiger und herabsetzbarer lebzeitiger Zuwendungen (Druey, Grundriss des Erbrechts, 3.A., Bern 1992, § 13 Rz 5-7, § 6 Rz 84).

Ob solche *weiteren Werte* in die *Erbschaftsverwaltung* miteinzubeziehen sind, kann nicht einfach mit der bundesgerichtlichen Praxis zum (begrenzten, solche Werte ausschließenden) *Auskunftsanspruch* im Rahmen des Sicherungsinventars (BGE 118 II 264; mit Bem. AJP 1993 731 ff.) beantwortet werden, da der Erbschaftsverwalter (wie das Zürcher Kassationsgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom

7.11.1994, E. II.4.d, S. 9 f., bemerkt), „eben nicht bloß die Erbschaft zu sichern, sondern ... diese auch zu erhalten und verwalten [hat]. Da dies einen längeren Zeitraum umfassen kann und er auch Forderungen einzuziehen hat, Prozesse betreffend zur Erbschaft gehörenden Vermögenswerten zu führen hat und allfällige Verjährungsfristen unterbrechen muss, ist er auf umfassende Auskünfte von Dritten auch über lebzeitige Verfügungen des Erblassers angewiesen.“ Das Kassationsgericht weist auf die unabdingbare Notwendigkeit hin, dass der Erbschaftsverwalter sich „umfassende Information über die Geschäfte des Erblassers“ beschaffen können, um „seiner Aufgabe gewissenhaft nachzukommen. Da er auch fällige Forderungen einzuziehen hat, muss er sich vorerst überhaupt über diese informieren können. Solche Forderungen können zudem auch aus Ansprüchen aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung bestehen. Dazu ist es unerlässlich, dass der Erbschaftsverwalter auch Einblick in die Geschäfte und Verfügungen des Erblassers zu dessen Lebzeiten erhält. Zu beachten ist dabei, dass der Erbschaftsverwalter vor dem Erhalt der Information gar nicht entscheiden kann, ob es sich bei den lebzeitigen Verfügungen des Erblassers um Darlehen handelte oder ob nichtige Verfügungen dabei waren, welche er unter Umständen wieder kündigen oder rückgängig machen muss, oder ob es sich zum Beispiel um Schenkungen zu Lebzeiten oder Erbvorbezüge handelte, welche ihn nicht weiter bekümmern müssen.“ (s. zudem zur 'Auskunftslosigkeit' gerade bei Trust-Situationen Aubert/Haissly/Terracina, Responsabilité des banques à l'égard des héritiers, SJZ 1996 137 ff., 147, sowie allg. zum Auskunftsanspruch dies., 139/140; Breitschmid, Trust und Nachlassplanung, FS Heini, Zürich 1995, 68).

Wo schon die Aufnahme des Sicherungsinventars statt der in Art. 553 Abs. 2 ZGB vorgesehenen zwei Monate fast vier Jahre gedauert hat, ist abzusehen, dass es sich um weitläufige, schwer durchschaubare Verhältnisse handelt (dazu schon PKG 1991 Nr. 56 S. 183 f.), welche an die Aufmerksamkeit des Erbschaftsverwalters erhebliche Anforderungen stellen. Ob sich weitere Abklärungen rechtfertigen, hängt von den Umständen ab; es ließe sich zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit (oben lit. b) wohl vertreten, analog der Praxis bei der Arrestbewilligung (vgl. etwa ZR 86/1987 Nr. 57 E. 3.a) Glaubhaftigkeit von entsprechenden Anhaltspunkten – nämlich konkrete Umstände, welche auf das Vorhandensein entsprechender Werte schließen lassen – zu verlangen, wobei allerdings geringere Anforderungen als beim Arrest zu stellen sind, da die Nachlassbeteiligten durch die erbengemeinschaftliche

(Zwangs-) Verbindung in einem qualifizierten Verhältnis stehen. (Peter Breitschmid, Besprechung von BGer. vom 13.7.1995, AJP 5 (1996) 1287 ff. Ziff. 5).

(2) Zum andern ist auf eine Stellungnahme der Verwaltungskommission des OGer. ZH vom 27.2.1978 (vgl. ZR 78 (1979) Nr. 4) hinzuweisen, wonach (noch unter Geltung von Art. 23 NAG) sich die **Wirksamkeit einer Erbschaftsverwaltung auch auf Vermögen im Ausland** beziehe.

f) Art. 33 Abs. 2, Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 559 ZGB: Vorgehen bei Ausstellung der Erbbescheinigung (OGer. ZH vom 12.5.1993, ZR 94 [1995] Nr. 5 S. 13 ff.)

Vorgehen bei Ausstellung der Erbbescheinigung, wenn unter den gesetzlichen Erben die Berechtigung einzelner bestritten ist. Der Nachweis gesetzlicher Erbenstellung kann mit andern als Zivilstandsurkunden geführt werden.

Ausstellung von Erbbescheinigungen an gesetzliche Erben, die ihre Erbenstellung nicht urkundlich nachzuweisen vermögen; Erbschein und Erbenermittlung begründen nicht den Erbanspruch, sondern tendieren auf vorläufige Ordnung (Erw. 2a, b), weshalb nicht zu beanstanden ist, wenn auf die nicht urkundlich ausgewiesenen gesetzlichen Erben, welche ihre Erbenstellung glaubhaft gemacht haben, Erbscheine ausgestellt werden sollten (Erw. 2c, d). Bei Bestreitung ihrer Erbenstellung durch andere gesetzliche Erben hat die Erbschaftsverwaltung fortzudauern (Erw. 3), und es ist den nicht urkundlich ausgewiesenen Erben Frist zu richterlicher Feststellung ihrer Erbberechtigung anzusetzen (Erw. 4b), welche indes im ordentlichen Verfahren nicht ausschließlich durch Urkunden zu erbringen ist (Erw. 4c). Bemessung der Klagefrist (Erw. 6).

aa) Sachverhalt

Im Nachlass des 1990 verstorbenen Erblassers war in Anwendung von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB die Erbschaftsverwaltung und gemäß Art. 555 ZGB ein Erbenruf angeordnet worden, nachdem sich aus Einbürgerungsakten ergab, dass der ohne Verfügung von Todes wegen verstorbene Erblasser nicht nur seine Ehefrau hinterlassen hat, sondern möglicherweise als weitere gesetzliche Erben noch zwei Brüder. Auf den Erbenruf hin meldeten sich die Rekursgegner. Sie machen im Wesentlichen geltend, die gemeinsamen Eltern hätten vor der Flucht nach Jugoslawien im Zweiten Weltkrieg zunächst D geheißen und den Namen erst dort in A geändert. Zum Nachweis ihrer Identität legen sie ver-

schiedene Flüchtlingspapiere und Fotografien über Familienanlässe vor, auf welchen sie u. a. auch zusammen mit dem Erblasser bzw. dessen Frau erscheinen.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid in Aussicht genommen, eine auf die gesetzlichen Erben – mithin die Ehefrau und die Brüder des Erblassers – lautende Erbbescheinigung auszustellen und sowohl Rekurrentin wie Rekursgegner unter Vorbehalt der Erbschaftsklage in den Nachlass einzuweisen. Hiegegen rekurrierte die Ehefrau an das Obergericht. ...

bb) Erwägungen

„1. Im vorliegenden Verfahren stehen sich die urkundlich als Erbin ausgewiesene Ehefrau des Erblassers (Rekurrentin) und zwei Brüder (Rekursgegner) gegenüber – mithin ausschließlich gesetzliche Erben –, wobei die Berechtigung der letztern von der Ehefrau bestritten wird. Diese Situation ist insofern untypisch, als sich in der Regel über die Erbenqualität – soweit die verwandtschaftliche Beziehung zum Erblasser betreffend – kaum Kontroversen ergeben und das Gesetz (mit Ausnahme von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, wonach Erbschaftsverwaltung u. a. anzuordnen ist, wenn keiner der Ansprecher sein Erbrecht genügend nachzuweisen vermag) für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung über das Vorgehen enthält.

2. Die Rekurrentin beanstandet, dass die Vorinstanz sich mit bloßer Glaubhaftmachung einer möglichen Erbenstellung der Rekursgegner begnügt und diesen auf Grund gänzlich unzulänglicher Titel Erbenqualität zugebilligt habe. Es bedingen diese Vorwürfe vorweg eine Stellungnahme zur Bedeutung des Erbscheins und eine Rekapitulation der Grundsätze der Erbenermittlung; dazu ist folgendes festzuhalten:

a) Die Erbbescheinigung bewirkt lediglich, dass die darin Genannten gegenüber Behörden und Dritten als an der Erbschaft berechtigt gelten; es handelt sich dabei jedoch – wie schon aus dem Vorbehalt von Ungültigkeits- bzw. Erbschaftsklage in Art. 559 Abs. 1 ZGB hervorgeht – um eine bloß deklaratorische Erklärung (BGE 91 II 395; statt vieler Dallafior, Die Legitimation des Erben, Diss. Zürich 1990, 29 und passim; rein terminologisch abweichend Sommer, Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1941, 21), die nicht die materielle Rechtslage erzeugt (welche sich unabhängig von der Bescheinigung aus Art. 560 ZGB ergibt). Eine Erbbescheinigung ist – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt – auch gesetzlichen Erben auszustellen (statt vieler Schnyder, die Eröffnung von Testament und Erbvertrag, in: Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Bern/Stuttgart 1991, 101 ff., 118).

b) Die Erbenermittlung hat nicht weiteren Zwecken zu dienen als der Auslieferung der Erbschaft an die (im Erbschein aufzuführenden) Berechtigten, wobei allerdings sicherzustellen ist, dass sämtliche am Nachlass Interessierten davon Kenntnis erlangen und ihre Rechte geltend machen können. Es wird in diesem Verfahren jedoch über die Berechtigung keine abschließende Gewissheit vermittelt (dies namentlich wegen der bei eingesetzten Erben möglichen Anfechtung der sie begünstigenden Anordnung, und bei gesetzlichen Erben wegen der

Möglichkeit, dass später noch eine sie ausschließende Verfügung aufgefunden oder Erbnwürdigkeit geltend gemacht wird). Es ist deshalb mit der Feststellung einer verwandtschaftlichen Beziehung im Rahmen der Erbenermittlung nicht verbindlich darüber entschieden, dass eine solche verwandtschaftliche Beziehung oder die Erbberechtigung tatsächlich bestehe; das gilt selbst bei inländischen Verhältnissen, wo im Falle nachträglicher Berichtigung einer Registereintragung der durch die Richtigkeitsvermutung (Art. 9 ZGB) zunächst geschaffene Anschein dahinfällt und die materielle Berechtigung auf Grund der veränderten Rechtslage ebenfalls im Rahmen der Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB) geltend gemacht werden muss.

Vollständigkeit ist bei der Erbenermittlung deshalb so lange anzustreben, als es darum geht, alle an der Erbschaft möglicherweise Berechtigten zur Eröffnung vorzuladen bzw. überhaupt vom Hinschied des Erblassers in Kenntnis zu setzen, damit sie allfällige Ansprüche geltend machen können (vgl. Spirig, Erbenermittlung, Zürich 1971, 7 f.; Herzer, Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1976, 95), während – ist dieser allgemeine Informationszweck (wie hier mit dem Erbenruf) einmal erreicht – es Sache der Beteiligten und nicht der Eröffnungsbehörde ist, im Streitfall definitive Klarheit über ihre Berechtigung am Nachlass herbeizuführen.

c) Die Beweislast für die Erbenstellung obliegt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB demjenigen, der daraus Rechte ableitet. Wer als gesetzlicher Erbe einen Erbschein verlangt, hat deshalb die eigene Erbenqualität – und damit unter anderem entweder eine ihn begünstigende Anordnung oder familiäre Bande zum Erblasser – darzulegen (Piotet, SPR IV/2, § 91 V, S. 731). Tuor/Piccononi vertreten die Auffassung, der Behörde stehe „ein gewisses Kognitionsrecht“ zu, ob – wer sich auf den Erbenruf hin melde – als Erbe in Betracht zu ziehen sei (Berner Komm., N 12 zu Art. 555 ZGB), wobei aber über das Erbrecht selbst nicht entschieden werden dürfe, Piotet (§ 89 II, S. 713) und Escher (Zürcher Komm., N 4 zu Art. 555 ZGB; vgl. auch N 4 zu Art. 554 ZGB) schließen sich dem insoweit an, als die behördliche Einweisung in die Erbschaft „Glaubhaftmachung“ der Erbberechtigung erfordere (ebenso auch Ortenburger, Die Erbbescheinigung nach Art. 559 ZGB in der kantonalen Praxis, Diss. Zürich 1972, 114 f.). Von einer vereinzelt Auffassung – wie die Rekurrentin rügt – kann damit keine Rede sein.

Zur Regelung in der Sache ist zweierlei zu bemerken: Die Rekurrentin weist grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass sich die Kommentarstelle Tuor/Piccononi (wie auch die weitem Äusserungen) nicht auf das Verhältnis eines feststehenden und weiterer gesetzlicher Erben mit bestrittener Erbenqualität bezieht, sondern auf den Tatbestand von Art. 555 Abs. 2 ZGB, wonach die Erbschaft – meldet sich kein Erbe und ist der Behörde keiner bekannt – an das Gemeinwesen fällt, in welchem Fall sich ein gewisses Zurücktreten des Gemeinwesens zweifelsohne rechtfertigt, wenn der Erbprätendent seine Berechtigung glaubhaft macht und das Gemeinwesen nicht über Anhaltspunkte verfügt, die Glaubhaftigkeit seiner Sachdarstellung zu wiederlegen. Andererseits ist aber zu beachten, dass – wie soeben unter lit. b dargelegt – das Erbenermittlungs- und das Erbscheinverfahren nie der verbindlichen Festlegung unklarer oder streitiger Erbenstellung dienen.

Die Behörde hat mithin auf Grund der ihr vorliegenden Akten – seien es die Ergebnisse der behördlichen Erbenermittlung oder die vom Erbpräsidenten beigebrachten Unterlagen – einen Entscheid über die Ausstellung eines Erbscheins oder allenfalls die Fortdauer der Erbschaftsverwaltung zu treffen.

d) Ähnlich wie bei der Abwägung, ob bei einer möglicherweise mangelbehafteten letztwilligen Verfügung ein Erbschein auszustellen sei, hat auch bei Zweifeln um die Erbenqualität im Eröffnungs- und Erbscheinverfahren keine abschließende Klärung stattzufinden, sondern die Behörde in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob sie den Nachweis der Erbenstellung als hinlänglich glaubhaft erachtet, um gestützt darauf den Ansprecher in die Erbbescheinigung aufzunehmen. So wie im einen Fall die Ungültigkeitsklage vorbehalten bleibt, besteht im andern die Möglichkeit der Geltendmachung eigener Berechtigung am Nachlass bzw. eines Anteils daran im Rahmen einer Erbschafts- oder vorfrageweise im Rahmen einer Teilungsklage. Der Rekursinstanz steht bei Prüfung der Frage, ob die Erbenstellung hinreichend glaubhaft sei, die gleiche Kognition zu wie der Eröffnungsbehörde, doch besteht mit Rücksicht auf die ohnehin nur provisorische Beurteilung und die insofern beschränkte Kognition der Eröffnungsbehörde (vgl. ZR 77 Nr. 131 E. 3a E. = SJZ 1982 S. 26 f; ZR 82 Nr. 66) kein Anlass, ohne zwingende Gründe von der in pflichtgemäßer Ermessensausübung getroffenen Entscheidung der Vorinstanz abzuweichen.

3. Im Lichte dieser Grundsätze kann auf Grund der im Rekursverfahren nunmehr noch vorgelegten Originalunterlagen die vorinstanzliche Ermessensausübung, die eine verwandtschaftliche Beziehung der Rekursgegner mit dem Erblasser als hinreichend glaubhaft erachtet hat, nicht beanstandet werden.

a) Es ist zwar nicht zu leugnen, dass die von den Rekursgegnern beigebrachten Unterlagen bei weitem nicht hiesigen Zivilstandsunterlagen entsprechen, dabei handelt es sich allerdings um Umstände, die nicht von den Rekursgegnern zu vertreten sind, sondern unmittelbare Folge der Wirren und Flüchtlingsströme nach dem Zweiten Weltkrieg bilden. Der Gesetzgeber war sich durchaus bewusst, dass Zivilstandsunterlagen nicht in jedem Falle beigebracht werden können und bisweilen anderweitige Klärung der Verhältnisse erforderlich sein wird (Art. 33 Abs. 2 ZGB), was denn auch die Rekursgegner mit den von ihnen vorgelegten Unterlagen anstreben, während die Rekurrentin die Tragweite von Art. 33 Abs. 2 ZGB übersieht.

b) Die von der Rekurrentin vorgebrachten pauschalen Bestreitungen wirken angesichts der von den Rekursgegnern dargelegten Anhaltspunkte wenig überzeugend. So lässt sich zwar durch Photographien zweifelsohne nicht der Nachweis verwandtschaftlicher Beziehungen erbringen; nicht zu bestreiten ist aber ihre Eignung, öftere Zusammentreffen zwischen dem Erblasser und den Rekursgegnern (in Anwesenheit auch der Rekurrentin) nachzuweisen, was zugleich deren allgemeine Zweifel und angebliche Ungewissheit um die verwandtschaftlichen Beziehungen des Erblassers als wenig glaubwürdig erscheinen lässt.

Soweit sich die Rekurrentin auf vereinzelte Abweichungen zwischen den Ausführungen der Rekursgegner und den Feststellungen im Einbürgerungsverfahren

beruft, verkennt sie zum vornherein, dass die dortigen polizeilichen Erhebungen nicht von der Vermutung des Art. 9 ZGB profitieren, sondern ausschließlich auf die seinerzeitigen Angaben des Erblasser abstellen, die ihrerseits angesichts fehlender Unterlagen mit den gleichen Unschärfen belastet sind wie die Äußerungen der Rekursgegner oder deren Flüchtlingspapiere.

Was insbesondere den Namensunterschied A/D betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der Rekursgegner 2 noch auf A lautende Flüchtlingsdokumente vorzulegen vermag. Der (auf den Namen D lautende) Geburtsschein des Rekursgegners 1 weist sodann übereinstimmende Angaben über das Alter der Eltern und deren Vornamen aus. Der Umstand, dass der Erblasser den Namen A trug, bedeutet nicht dessen „Richtigkeit“ bzw. einen Vorrang dieses Namens; dass der Erblasser diesen Namen trug bzw. beibehielt, kann sich ohne weiteres daraus erklären, dass er zunächst in Israel wohnte und auch die israelische Staatsbürgerschaft erwarb, besagt aber nicht, dass die Rekursgegner deshalb nicht seine Brüder sein können. Auch vermag die Rekurrentin aus kleineren Unterschieden bei den Geburtsdaten gegenüber den Angaben des Erblassers im Einbürgerungsverfahren (Geburtsschein: 22. Dezember 1922; Einbürgerungsakten: 1921) nichts für die Richtigkeit ihres Standpunktes abzuleiten, da nichts für die größere Richtigkeit jener Angaben spricht. Entscheidende Anhaltspunkte vermitteln unter diesen Umständen jedoch die übereinstimmenden Angaben über die Personalien der Eltern, wobei sogleich auch hierzu anzumerken ist, dass den Darstellungen beider Parteien zwangsläufig weitere, hiesigen Normen entsprechende Details (wie etwa genaue Geburtsdaten der Eltern) fehlen (es zeigt sich dies u.a. auch daran, dass über die Schreibweise des Namens A Differenzen bestehen).

c) Im Ergebnis lässt sich bei der gegebenen Sachlage allerdings nicht bezweifeln, dass – obwohl sich nur (behauptete) gesetzliche Erben gegenüberstehen – Erbenungewissheit besteht, was Anlass gibt, die Erbschaftsverwaltung aufrechtzuerhalten (Piotet, SPR IV/2, § 89 II, S. 713 f). (...)

4. Auch wenn die Vorinstanz bei der gegebenen Sachlage durchaus zu Recht die Aufnahme auch der Rekursgegner in den Erbschein in Aussicht genommen hat, so stellt sich angesichts der Bestreitung ihrer Erbberechtigung durch die Rekurrentin die Frage, ob der vorliegende Rekurs als Einsprache der Rekurrentin im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB gegen die Ausstellung von Erbscheinen an die Rekursgegner zu behandeln sei.

a) Das Gesetz sieht seinem Wortlaut nach eine solche Einsprache nur vor gegen die Ausstellung von Erbbescheinigungen an eingesetzte Erben auf Betreiben der gesetzlichen oder der aus einer früheren Verfügung bedachten Erben hin. Es hängt diese Einschränkung jedoch damit zusammen, dass die Ausstellung von Erbscheinen an die gesetzlichen Erben vom ZGB nicht ausdrücklich geregelt wird (oben Erw. 2a); dies bietet jedoch nicht Anlass, bei einer (selteneren) Kontroverse unter gesetzlichen Erben um den hinreichenden Nachweis einer familienrechtlichen Beziehung zum Erblasser anders vorzugehen als etwa bei Zweifeln um die gültige testamentarische Einsetzung, da insoweit ein sachlicher Unterschied nicht besteht (vgl. analog die Darlegungen von Escher, N 5 a.E. zu Art. 554 ZGB; ähnlich im Ergebnis auch ZR 27 Nr. 22).

b) Die Eingabe der Rekurrentin erscheint damit im Ergebnis qualitativ als Einsprache im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB, und es stellt sich die Frage, ob sie in diesem Sinne an die Vorinstanz zu überweisen sei. Piotet (SPR IV/2, § 91 V, S. 731) geht demgegenüber wohl zutreffend davon aus, es laufe – da bei Vorhandensein nur gesetzlicher Erben keine Eröffnung erfolge – auch keine Einsprachefrist, anerkennt aber zugleich, dass sich das Problem stelle, wem eine Erbbescheinigung auszustellen sei, wenn die Berechtigung gesetzlicher Erben bestritten werde. Es fehlt darüber im Gesetz eine Regelung.

Denkbar wäre eine analoge Anwendung von Art. 559 ZGB oder aber die Fortdauer bzw. Anordnung der Erbschaftsverwaltung bis zum definitiven Entscheid über die Erbberechtigung in einem ordentlichen Verfahren betreffend Feststellung der Erbenqualität. Der Entscheid über das Vorgehen bestimmt die Parteirollenverteilung im ordentlichen Prozess. Art. 559 ZGB bringt für den hier interessierenden Fall der Konkurrenz verschiedener gesetzlicher Erben keine gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, weshalb nach der allgemeinen Beweislastregel (oben Erw. 2c) der Nachweis ihrer Erbenstellung den urkundlich gegenüber der Rekurrentin nicht ebenbürtig legitimierten Rekursgegnern zu überbinden ist.

Angesichts dessen fällt im Moment die Ausstellung von Erbscheinen außer Betracht, da die Erbenstellung der Rekursgegner bestritten, die Rekurrentin aber auf Grund des Erbenrufs und der Glaubhaftmachung einer Erbenstellung durch die Rekursgegner auch nicht mehr als Alleinerbin zu betrachten ist (vgl. ZR 27 Nr. 22; Sommer 42 oben).

c) Es bedeutet dieser Entscheid im vorliegenden Verfahren nicht, dass in jenem ordentlichen Verfahren zwingend ein urkundlicher Nachweis der Erbberechtigung erbracht werden müsste (Art. 33 Abs. 2 ZGB; vgl. Egger, Zürcher Komm., N 6 ff. zu Art. 33 ZGB; Spirig, a.a.O., 30 ff., gegenüber dessen Ausführungen (33) auf die nunmehr bestehende Möglichkeit der Beweisaussage nach § 150 ZPO hingewiesen sei), doch ist im Fall der Bestreitung durch den urkundlich ausgewiesenen Erben eine Abwägung der Erbberechtigung nicht-urkundlich ausgewiesener Prätendenten und eine verbindliche Wertung auf Grund anderweitiger Unterlagen im Eröffnungsverfahren nicht möglich.

5. Es versteht sich, dass bei diesem Ausgang des Verfahrens, bei welchem die Erbberechtigung der Rekursgegner nach wie vor als streitig zu gelten hat, die Fortdauer der Erbschaftsverwaltung von Amtes wegen anzuordnen ist, weshalb die Verwaltung des Nachlasses einstweilen weiterhin in Händen des Notariates zu belassen ist.

6. Es rechtfertigt sich in analoger Anwendung von Art. 556 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, Art. 600 und 521 ZGB (welch letztere Bestimmung die Dauer der Erbschaftsverwaltung im Falle streitiger Berechtigung eingesetzter Erben in der Regel bestimmt; vgl. auch Sträuli/Messmer, Komm. zur ZPO, N 48 zu § 215 ZPO), den Rekursgegnern eine einjährige Frist ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids einzuräumen, um ihre Erbberechtigung im ordentlichen Verfahren verbindlich klären zu lassen; leiten sie innerhalb dieser Frist kein Verfahren ein, welches auf Feststellung ihrer Erbberechtigung gerichtet ist (bzw. kommt unter den Parteien keine Einigung über die

Erbberechtigung der Rekursgegner zustande), so hätte die Erbschaftsverwaltung dahinzufallen und es wäre der Nachlass der Rekurrentin zu überlassen.“

g) Art. 89, 90 Abs. 2, 92 Abs. 2 IPRG. Eröffnungsstatut bei *professio iuris* (OGer. ZH, II. ZK, vom 18.3.1998)

Zuständigkeit zur Nachlassabwicklung bei professio auf das Heimatrecht: Vom Eröffnungsstatut erfasste Vorkehren werden durch professionelle nicht ausgeschlossenen (Erw. 4.a); ggf. sind auch (zu koordinierende) parallele Anordnungen möglich (Erw. 4.b) ohne Rücksicht darauf, wo zuerst Vorkehren getroffen wurden (Erw. 4.c). Revokation eines (schweizerischen) Willensvollstreckerzeugnisses! (Erw. 5).

aa) Sachverhalt

Die am 28. April 1997 in einer Klinik in München verstorbene Erblasserin war deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Zürich; sie hatte ihren Nachlass testamentarisch mit zwei vor einem Rottweiler Notar (BRD) errichteten öffentlichen Testamenten ihrem Heimatrecht unterstellt. Von diesen beiden Testamenten regelt das erste den schweizerischen und deutschen Nachlass der Erblasserin; diesbezüglich hat die Erblasserin den *Rekurrenten testamentarisch zum Willensvollstrecker* bestimmt. Das zweite betrifft das in Italien gelegene Vermögen; diesbezüglich sind zwei Römer Anwälte als Willensvollstrecker ernannt. Die beiden Testamenten wurden von dem bei der Errichtung mitwirkenden Notar bereits am 12. Juni 1997 eröffnet.

Während die Vorinstanz dem Rekurrenten – nachdem er sich erstmals mit Schreiben vom 2. und 15. Mai 1997 an sie gewandt hatte – gestützt auf diese beiden von ihm am 29. Mai 1997 zur Eröffnung durch die zürcherischen Behörden diesen eingereichten Testamenten auf dessen erneutes Betreiben vom 16. Juni 1997 am 25. Juni 1997 zunächst ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt hatte, widerrief sie dieses mit der angefochtenen Verfügung und stellte das Testamentseröffnungsverfahren mangels internationaler Zuständigkeit ein; dies, nachdem der Rekurrent seinerseits sich bereits mit Schreiben vom (ebenefalls) 2. und vom 28. Mai 1997 auch an die deutschen Behörden (zunächst das für Auslandsdeutsche an sich zuständige Amtsgericht Schöneberg und hernach das am Sterbeort gelegene Amtsgericht München) gewandt hatte.

bb) Erwägungen:

„4. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu erwägen, zunächst zur Zuständigkeit bezüglich der Nachlassabwicklung:

a) Bei der gegebenen Sachlage – Abwicklung des Nachlasses einer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorbenen deutschen Staatsangehörigen, welche ihren Nachlass dem deutschen Heimatrecht unterstellt hat – ist die Rechtswahlfreiheit der Erblasserin nach Art. 90 Abs. 2 IPRG zu beachten. Die profes-

sio iuris erfasst indes nach schweizerischer Sicht aufgrund der Abgrenzungsnorm von Art. 92 Abs. 2 IPRG nicht jene Vorkehren, welche im Rahmen des Eröffnungsstatuts dem Recht des letzten Wohnsitzes unterstehen (IPRG-Schnyder, Art. 90 N 14 m.Nw.). Diese im Interesse ungehinderter Nachlassabwicklung und insbesondere der umgehenden Anordnung nachlasssichernder Vorkehren liegende schweizerische Zuständigkeit schließt indes nicht aus, von einer ihrerseits im Rahmen von Art. 96 IPRG zuständigen ausländischen Behörde angeordnete Vorkehren zu anerkennen (IPRG-Schnyder, Art. 96 N 9); dass deutsche Behörden ihrerseits nach Heimatrecht zuständig sind, ist unstrittig (Soergel/Harder, 12.A. 1992, § 2260 BGBN 19 m.w.Nw.: „Im Ausland errichtete Testamente deutscher Erblasser sind ebenfalls zu eröffnen“), wobei nach deutscher Auffassung die Erbteilung eines Erbscheins – da nicht (bloß) nachlasssichernde Maßnahme – nicht vom Eröffnungs-, sondern ebenso vom (bei der gegebenen Sachlage zwangsläufig) deutschen Erbstatut erfasst wird wie das Testamentsvollstreckerzeugnis (Soergel/Schurig, 12.A., 1996, Art. 25 EGBGB N 62 bzw. N 72). Deutsche Behörden – nicht das für Auslandsdeutsche an sich zuständige Amtsgericht Schöneberg (Art. 73 FG-G), sondern das am Sterbeort gelegene Amtsgericht München – handeln denn auch offenkundig in der vorliegenden Sache und haben dem Rekurrenten in Aussicht gestellt, ihm auf Anfrage hin ein Testamentsvollstreckerzeugnis auszustellen.

Dass dem Rekurrenten bislang vom Amtsgericht München noch kein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt wurde, mag mit der Bestreitung des Testaments durch Pflichtteilsrben zusammenhängen, kann aber auch einfach Folge des Umstandes sein, dass nach deutschem Recht der Testamentsvollstrecker sich nicht notwendig durch Testamentsvollstreckerzeugnis zu legitimieren hat, sondern sich auf das Testament und ein bloßes Zeugnis betreffend Annahme des Mandates stützen kann (Soergel/Damrau, a.a.O., § 2368 BGB N 2); jedenfalls ergibt sich aus diesem Aspekt in der gegebenen Situation kein unmittelbarer Handlungsbedarf für hiesige Instanzen, nachdem der Rekurrent keinen Entscheid deutscher Stellen vorlegt, wonach ihm ein Testamentsvollstreckerzeugnis verweigert würde.

Damit liegt grundsätzlich die umfassende Zuständigkeit sowohl für den Erbgang wie auch das Erbstatut bei den deutschen Behörden.

b) Immerhin sind parallele Vorkehren am Wohn- und Heimatgerichtsstand zumindest so lange unschädlich, als nicht widersprechende Anordnungen ergehen (Dallafior, Die Legitimation des Erben, Diss. Zürich 1990, 177). Zudem können parallele Anordnungen im übrigen im Rahmen von Art. 89 IPRG (i.V.m. Art. 92 Abs. 2 Satz 2 IPRG) geradezu geboten sein, da mit der *professio iuris* nach schweizerischem Verständnis in erster Linie nur die auf den Nachlass anwendbaren materiellrechtlichen Rechtsregeln, die zum Erbstatut gehören, zur Anwendung berufen werden, nicht aber die formellrechtlichen Regeln des Erbgangs (Schwander, Einführung in das IPR, Bd. II, St.Gallen 1997, Rz. 359). Zugleich steht aber als Grundregel doch unangefochten fest (lit. a), dass mit der Eröffnung des Erbgangs unter einer bestimmten Jurisdiktion auch die Zuständigkeit für nachlasssichernde Maßnahmen – einschließlich Bestellung und Stellung des Willensvollstreckers – unter das Eröffnungsstatut fallen, namentlich in Deutschland gilt in dieser Situation die sog. Gleichlauftheorie,

wonach die Zuständigkeit deutscher Gerichte – sowohl im Rahmen des Eröffnungs- wie des Erbstatuts – immer besteht, wenn deutsches materielles Erbrecht zur Anwendung kommt (vgl. Kegel, IPR, 7.A. München 1995, 775; Ferid/Firsching, Deutschland, Rz 163).

Dennoch anerkennen deutsche Gerichte schweizerische Entscheide und Maßnahmen, die entweder unter das Deutsch-Schweizerische Vollstreckungsabkommen von 1929 (SR 0.276.191.361) fallen oder nach autonomem deutschem Recht anerkennungsfähig sind (Siehr, Beerbung von Schweizer Bürgern mit letztem Wohnsitz in der BRD, FS Piotet, Bern 1990, 531 ff., 543; im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 16a FG-G, welcher ausländische Erbscheine und analog [vgl. § 2368 Abs. 3 BGB] Willensvollstreckerzeugnisse betrifft). Zu beachten ist allerdings, dass der deutsche Erbschein vom schweizerischen z.T. verschiedene Wirkungen entfaltet (s. u.a. Siehr, a.a.O., 534 f.: Ausstellung eines Erbscheins setzt eine strengere Gültigkeitsprüfung des Testaments voraus, und es ist ein solcher auch bei Streit über das Erbrecht unter den Erben auszustellen: Dallafior, a.a.O., 51). Damit kann davon ausgegangen werden, dass in Anwendung von Art. 10 bzw. 89 IPRG (welch letzterer Konkretisierung des ersteren für erbrechtliche Aspekte ist: IPRG-Schnyder, Art. 89 N 1) ergehende Maßnahmenentscheide nicht nur für die schweizerischen Belange Wirkung entfalten würden, sondern auch in Deutschland anerkannt würden, was allerdings nichts an der primären Zuständigkeit der deutschen Behörden ändert, welche weiterhin oder auch neu selbst widersprechende (und hierorts anzuerkennende: Art. 96 Abs. 1 lit. b IPRG) Anordnungen treffen könnten; in Betracht fielen z. B., dem Rekurrenten die Willensvollstreckerbescheinigung zu entziehen und eine Nachlasspflegschaft i.S.v. (hier:) § 1960 BGB anzuordnen, wobei aber bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers i.d.R. diese vom Erblasser getroffene Vorkehr (analog Art. 554 Abs. 2 ZGB) als ausreichend betrachtet wird (Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4.A., München 1995, § 38 IV.4.c bei Anm. 150, S. 438). Damit besteht kein Anlass, dem Gesuch um Anordnung einer Erbschaftsverwaltung zu entsprechen.

c) Entgegen der Auffassung des Rekurrenten kommt es für die vorliegende Frage nicht darauf an, ob das schweizerische oder deutsche Verfahren als erstes anhängig gemacht wurde; es käme diesem Gesichtspunkt nur Bedeutung zu, wenn eine alternative, frei wählbare Zuständigkeit bestehen würde (IPRG-Berti, Art. 9 N 1). Bei der gegebenen Sachlage ist – abgesehen davon dass der Rekurrent selbst sich unmittelbar nach dem Tod der Erblasserin am 28. April 1997 mit Schreiben vom 2. Mai 1997 an das Amtsgericht Schöneberg, aber erst mit Schreiben vom 15. Mai 1997 an die Vorinstanz gewandt hatte – die allgemeine schweizerische Eröffnungszuständigkeit jedenfalls nachträglich entfallen und auf die Maßnahmezuständigkeit gemäß Art. 89 IPRG eingeschränkt worden.

Dies hängt zusammen mit einer Eigenart des Baden-Württembergischen Landesrechts: Es hat dort (Rottweil) das Notariat die Aufgaben des Nachlassgerichts auf Grund des Vorbehalts von Art. 147 EGBGB (Firsching/Graf, Nachlassrecht, 7.A. München 1994 Rz 2.30; Soergel/Hartmann, Art. 147 EGBGB N 3, 5), und es war der dortige Notar als Verwahrungsstelle aufgrund von § 2261 BGB zur Eröffnung zuständig (Firsching/Graf, a.a.O., Rz 4.33, S. 197, 200), welche er am 12. Juni 1997 vorgenommen hat. Damit wäre aber – selbst wenn es auf

die zeitliche Priorität ankäme – unter allen maßgeblichen Gesichtspunkten in Deutschland früher gehandelt worden und bliebe kein Raum mehr für eine hiesige Eröffnungszuständigkeit.

d) Insgesamt ist die Vorinstanz damit zu Recht davon ausgegangen, es sei die schweizerische Eröffnungszuständigkeit entfallen, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass sie das Eröffnungsverfahren eingestellt hat. Damit ist [der Rekurs insoweit] abzuweisen, und zwar auch insoweit, als ... eventuell die Feststellung der Zuständigkeit zürcherischer Gerichte im Rahmen des Eröffnungsstatuts verlangt wird: Nach dem Gesagten fällt eine solche lediglich subsidiär in Betracht, wenn konkret bezüglich einzelner Vorkehren nachgewiesen würde, dass Maßnahmen im Sinne von Art. 89 IPRG anzuordnen wären; daran fehlt es momentan vorbehaltlich der Ausführungen nachfolgend unter Erw. 5.

5. Damit bleibt die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht das Willensvollstreckerzeugnis des Rekurrenten revoziert habe bzw. ob dessen Befugnisse auf jene eines Erbschaftsverwalters einzugrenzen seien.

a) Wie der Rekurrent selbst darlegt, ist die Gültigkeit der Testamente wegen Zweifeln an der Urteilsfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamenterrichtung in München angefochten worden, weshalb seine Stellung – unter welcher Rechtsordnung auch immer – einstweilen auf konservierende Vorkehren beschränkt ist. Einer speziellen diesbezüglichen Einschränkung seines Mandatsbereichs bedarf es aus hiesiger Sicht nicht, da sich ohne weiteres versteht, dass der Willensvollstrecker, welcher von der Absicht einzelner Erben weiß, die ihn einsetzende Verfügung anzugreifen, sich auch ohne ausdrückliche Anordnung des Gerichts bzw. schon vor einer solchen Anordnung auf bloß konservierende Vorkehren beschränken muss. Anlass, dies ausdrücklich festzuhalten, besteht nicht, während den hiesigen Gerichten nach dem unter Erw. 4.b Dargelegten die Zuständigkeit zur Anordnung einer Erbschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht – die unter den gegebenen Umständen allerdings aufgrund von Art. 554 Abs. 2 ZGB einstweilen ohnehin dem Rekurrenten obliegen würde – abgeht.

Auf diese Einschätzung wäre – wie der Rekurrent zutreffend anmerkt – gegebenenfalls zurückzukommen, wenn die deutschen Gerichte die Testier- bzw. Urteilsfähigkeit der Erblasserin verneinen würden, womit zugleich die Professio entfallen und die hiesige Zuständigkeit unter allen Gesichtspunkten wieder aufleben würde.

b) Zu fragen bleibt unter diesen Umständen, ob – mit der Vorinstanz – das dem Rekurrenten seinerzeit ausgestellte (schweizerische) Willensvollstreckerzeugnis zu revozieren sei.

Der Rekurrent zählt verschiedene Vorkehren auf, welche er gestützt auf dieses Zeugnis getroffen hat; an deren Nützlichkeit und Notwendigkeit (einschließlichlich Regelung der in der Schweiz anfallenden [erbschafts-]steuerlichen Belange) besteht kein Zweifel, und es wäre ihm in (analoger) Anwendung von Art. 89 IPRG bei Fehlen anererkennungsfähiger Anordnungen deutscher Behörden i.S.v. Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG ein solches Zeugnis auszustellen. Da das Zeugnis *nicht einen falschen Sachverhalt* bescheinigt, sondern lediglich von einer höchstens

(aber immerhin) subsidiär zuständigen Behörde ausgegangen ist, rechtfertigt sich die Revokation nicht.

Indes ist der Rekurrent darauf hinzuweisen, dass das mit der Sache befasste Nachlassgericht am Sterbeort München zuwiderlaufende Anordnungen treffen könnte. Würde er in Widerspruch zu Anordnungen der dortigen, zuständigen Behörden handeln, so wäre dies nicht nur internationalprivatrechtlich unzulässig, sondern auch eine Verletzung der ihm als Willensvollstrecker obliegenden Pflichten, welche in der gegebenen Situation u.a. gebieten, die mit dem Nachlass befassten Behörden dahingehend gegenseitig zu informieren, dass deren Vorkehren koordiniert werden können.

c) Endlich obliegt unter den gegebenen Umständen nicht den zürcherischen Gerichten, für die in Italien gelegenen Nachlassteile eine Zuständigkeitsordnung zu etablieren. Dies werden die dortigen Willensvollstrecker entweder in Italien selbst oder durch Beantragung eines entsprechenden, auf die italienischen Belange beschränkten Testamentsvollstreckerzeugnisses durch das Amtsgericht München zu veranlassen haben. Hierzu sei einzig angemerkt, dass das (neue) italienische IPR diesbezügliche deutsche Vorkehren ohne weiteres anerkennen würde, da vom Staate ausgehend, welchem die Erblasserin im Zeitpunkt ihres Todes angehörte und der Nachlassseinheit dienlich (vgl. zu diesen Prinzipien die Darstellungen bei Pocar, Das neue italienische Internationale Privatrecht, IPrax 1997 145 ff., 156; Brogini, La nouvelle loi italienne de droit international privé, SZIER 1996 1 ff., 24).

6. Bei diesem Ausgang – teilweise Gutheißung des Rekurses insofern, als das von der Vorinstanz am 25. Juni 1997 ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis nicht eingezogen wird – erübrigt sich ein Einbezug der Erben in das Verfahren; praktisch ist nicht mehr denkbar, dass der Rekurrent – von dessen Zutruenswürdigkeit auszugehen ist – sie beschwerende Vorkehren treffen könnte. Indes sei der Rekurrent aus aufsichtsrechtlicher Sicht (§ 218 Abs. 2 ZPO und dazu Frank/Sträuli/Messmer, Komm. zur ZPO, 3.A. 1997, N 1) darauf hingewiesen, dass ihn gegenüber allen Nachlassbeteiligten eine umfassende Informationspflicht trifft; insofern befriedigt nicht, dass er von ersten hiesigen Vorkehren nur der eingesetzten Erbin und nicht auch den auf Vermächtnisse beschränkten Pflichtteilserben Kenntnis gegeben hat. Weiterungen rechtfertigen sich allerdings nicht, nachdem spätere Korrespondenz auch an die weiteren Erben bzw. deren Vertreter ging und davon auszugehen ist, dass der Rekurrent auch vom vorliegenden Entscheid im Zuge selbstverständlicher Rechenschaftspflicht allen Nachlassbeteiligten Kenntnis gibt, womit der notwendige Informationsstand darüber, wer inwiefern für den Nachlass handeln kann, gewährleistet ist.“

cc) Bemerkungen

Ohne Gewähr für harmonischen Ablauf, aber gewiss am Einfachsten ist, den mitbetroffenen ausländischen Behörden bei Koordinationsbedarf (mithin namentlich bei deutsch-schweizerischen Nachlässen) von den eigenen, sie berührenden Entscheiden direkt Kenntnis zu ge-

ben. Ob schützenswerte Interessen der Parteien (an fiskalischer Schonung) solchem Austausch im Einzelfall entgegenstehen könnten, war bislang noch nie zu prüfen (bzw. von den Beteiligten nicht namhaft gemacht worden). Ohnehin bliebe die Frage, ob dort, wo ein Nachlassbeteiligter durch Denunziation beim Fiskus diesen zu Nachforschungen veranlasst, nicht das hinter den fiskalischen stehende Individualinteresse Informationsaustausch gebieten würde (mit dem Bemerkten allerdings, dass sich alsdann der private Interessent zu „outen“ hätte, da das Rechtshilfebegehren (vgl. dazu nun ZR 94 [1995] Nr. 5, hinten, T. VI.) andernfalls scheitern könnte).

h) *Internationale Rechtshilfe in Erbschaftssachen* (OGer. ZH, II. ZK, vom 15.9.98)

Legitimation (Erw. 2) und mögliche Einwendungen der Nachlassmittel verwahrenden Bank gegen die Gewährung von Rechtshilfe (Erw. 3). Vorgehen der Bank nach Kenntnis des Hinschieds ihres Kunden (Erw. 4). Siegelung« von Bankkonten (Art. 552 ZGB; Erw. 4.c).

aa) *Sachverhalt*

Mit der angefochtenen Verfügung entsprach der Einzelrichter des Bezirkes Zürich (Rechtshilfe) einem türkischen Rechtshilfebegehren und ersuchte dementsprechend die Bank (Rekurrentin), hinsichtlich im Einzelnen im Dispositiv aufgeführter Fragen schriftlich Auskunft zu erteilen und allfällige Konten für eine Dauer von 90 Tagen seit Mitteilung der Personalien allfälliger Empfänger (Erben) von Zahlungen oder Wertpapieren gesperrt zu halten. Der Einzelrichter machte die Organe der Bank darauf aufmerksam, dass eine unbegründete Weigerung mit Buße bis zu Fr. 500.– oder Haft bis zu 10 Tagen bestraft werden könnte. Gegen diesen Entscheid führt die Bank rechtzeitig Rekurs.

bb) *Erwägungen*

„2. a) Gegen den angefochtenen Entscheid ist grundsätzlich der Rekurs zulässig (ZR 94 Nr. 18). Die Rekurrentin als mit einer Auskunftspflicht belastete Dritte ist in Anwendung von § 273 und § 51 Abs. 2 ZPO zum Rekurs legitimiert. Auf den Rekurs ist somit grundsätzlich einzutreten.

b) Aus Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass die Vorinstanz sich des Umstandes durchaus bewusst war, dass die Rekurrentin Einwendungen gegen die ihr auferlegten Auskunftspflichten erheben könnte, die diesfalls von der Vorinstanz näher zu prüfen wären; insofern – d. h. namentlich bezüglich des von der Rekurrentin beanspruchten Zeugnisverweigerungsrechts – ist auf den Rekurs nicht einzutreten und sind die Akten im Falle, dass der gegen die Erteilung der Rechtshilfe im Grundsatz gerichtete Rekurs abgewiesen wird (dazu nachfolgend Erw. 3), an die Vorinstanz zur Behandlung der

Weigerungsgründe zu überweisen. Entsprechend ist auf die Eventualanträge nur teilweise einzutreten.

c) Soweit im Rechtshilfeverfahren über Modalitäten der Auskunfterteilung zu befinden ist (soeben lit. b), handelt es sich der Natur des Vorgehens nach nicht um einen Zivilrechtsstreit unter den Parteien (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 211 ZPO) und es kommt der ersuchenden Behörde denn auch nicht Parteistellung zu (vgl. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2.A., Bern 1998, 314), sondern um ein nichtstreitiges Verfahren im Sinne von § 211 ZPO. Es erübrigt sich deshalb die Einholung einer „Rekursantwort“ der ersuchenden Behörde, und es sind von Amtes wegen im Sinne der Offizialmaxime (Frank/Sträuli/Messmer, N 6 zu § 211 ZPO) die Einwendungen des rekurrenden Dritten – unter Würdigung des Interesses an Rechtshilfe – zu prüfen.

3. Im vorliegenden Rekursverfahren sind damit nicht einzelne Einwendungen gegen die beantragten Auskunftspflichten zu prüfen, sondern ist lediglich zu beurteilen, ob auf Grund der angefochtenen Verfügung unzulässigerweise Rechtshilfe gewährt werden soll.

a) Die Rekurrentin beruft sich vorab darauf, dass unklar sei, ob das vorliegende Rechtshilfeersuchen – welches nach wie vor dem gleichen Zwecke diene wie ein erstes (von der Kammer mit früherem Beschluss abgelehntes) – einer Zivilsache diene; es könne dies jedenfalls nicht allein daraus geschlossen werden, dass nicht mehr von „Beschlagnehmung des Nachlasses“, sondern von einer „Nachlassfeststellungsklage und einer Sicherungsmaßnahme“ gesprochen werde. Diese Sicht findet eine Stütze darin, dass im ersten Verfahren unter dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1) um Rechtshilfe ersucht worden war, was aber möglicherweise auch bloß Folge einer irrtümlichen Bezeichnung seitens des anfragenden Gerichts sein konnte. Die Kammer hatte denn auch das Gesuch unter Art. 8 des Haager Übereinkommens über den Zivilprozess von 1954 (SR 0.274.11) geprüft und bemängelt, dass sich aus dem Gesuch der Gegenstand des materiellen Anspruchs nicht ergebe, dabei aber die türkischen Behörden darauf hingewiesen, dass einem erneuerten und verbesserten Gesuch nichts entgegenstehe.

b) Den diesbezüglichen Anforderungen kommt die heute vorliegende Anfrage in zwar summarischer, aber ausreichender Weise nach:

aa) Die Authentizität steht außer Zweifel (vgl. zu den Kriterien Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996. 3. Kap. Rz 83). Das anfragende Nachlassgericht ist zur Anordnung der in Art. 532 f. TR-ZGB (s. unten aa) vorgesehenen Maßnahmen zuständig (Art. 29 der Verordnung betreffend Durchführung der Bestimmungen des TR-ZGB, Ministerratsbeschluss Nr. 6/5100 v. 24.7.1965, Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. 6, Türkei, Texte, S. 52).

bb) Sodann ergibt sich aus der Anfrage, dass ein Sohn des Erblassers gegen seinen Bruder und die Mutter bzw. die überlebende Ehegattin des Erblassers gestützt auf Art. 531 TR-ZGB (= Art. 551 ZGB; vgl. Ferid/Firsching, a.a.O.,

Texte, S. 31 f.) eine „Nachlassfeststellungsklage“ eingeleitet hat. Wenn mithin im vorliegenden Verfahren von „Verwahrung“ des Nachlasses die Rede ist (übersetztes Anfrageschreiben), besteht unter den gegebenen Umständen im heutigen Zeitpunkt kein vernünftiger Anlass mehr zu Zweifeln, dass im ersten Rechtshilfeersuchen mit dem Ausdruck, es sei der Nachlass „beschlagnahmt“ worden, schon damals nicht eine „Beschlagnahme“ im strafrechtlichen Sinne, sondern eine erbrechtliche Sicherungsmaßnahme gemeint war. Das TR-ZGB unterscheidet dabei in seinem Art. 532 *Siegelung* (was wohl zunächst mit „Beschlagnahme“ und nunmehr mit „Verwahrung“ übersetzt wurde) und *Inventar* nicht, wo ein Erbe dies verlangt (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 3 TR-ZGB = Art. 553 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), ordnet das Gericht „die Siegelung der Erbschaft und die Aufnahme eines Inventars an“ (Art. 532 Abs. 1 Ingress TR-ZGB). Die von Art. 552 und 553 ZGB alternativ vorgesehenen Vorkehrungen sind demnach nach türkischem Recht notwendig verbunden, entsprechen aber als Institute den schweizerischen.

cc) Der Gewährung von Rechtshilfe steht auch nicht entgegen, dass eine Bank, welche mit dem Erblasser in Rechtsbeziehungen stand, den Erben Auskunft zu erteilen hat (wie die Rekurrentin selbst einräumt). Dass die Erben nicht auf Auskunft auf dem Rechtshilfeweg angewiesen wären und diese selbst direkt geltend machen könnten, steht dem vorliegenden Ersuchen allein deshalb nicht entgegen, weil die Rekurrentin nicht geltend macht, es sei Auskunft bereits (direkt, und zwar allen Nachlassbeteiligten einzeln) erteilt worden; erfolgte bislang außerhalb eines Rechtshilfeverfahrens keine Auskunfterteilung, so fehlt den am dem Rechtshilfeverfahren zugrunde liegenden türkischen Verfahren Beteiligten jedenfalls nicht das Rechtsschutzinteresse, weshalb dem Gesuch zu entsprechen ist, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Hinzu kommt, dass den Nachlassbeteiligten oder ausländischen Amtsstellen, welche Sicherungsvorkehrungen im Sinne der Art. 551 ff. ZGB bzw. vergleichbarer Institute ausländischer Rechtsordnungen anstreben, wo die (potentiellen) Erben u.U. weder vom Todesfall, geschweige denn vom Vorhandensein von Nachlasswerten an bestimmten Adressen Kenntnis haben, nicht zugemutet werden kann, vorgängig zu behördlichen Anordnungen selbst Abklärungen zu treffen. Der Sicherungszweck würde vereitelt, wenn nur allen Erben bekannte Werte inventiert bzw. unter Siegel gelegt werden könnten. Dass bei solchem Vorgehen u.U. unversteuerte Werte entdeckt und entsprechende Mitteilungen an Steuerbehörden gemacht werden könnten (so jedenfalls in der Schweiz: vgl. Art. 81 Abs. 1 StG [LS 631.1] bzw. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 1.11.1978, ZR 78/1979 Nr. 2), kann der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen bzw. der Gewährung von Rechtshilfe nicht entgegenstehen, da es sich dabei nicht um den Zweck der Vorkehr, sondern um eine allfällige, sachlich untergeordnete Begleiterscheinung handeln würde.

dd) Dass die Vorinstanz – entgegen dem korrekt formulierten Ersuchsschreiben – im Rubrum auf der Klägersseite auch den Erblasser angeführt hat, ist ohne sachlichen Belang und kann die Durchführung der Rechtshilfe nicht hindern.

c) Dass unter den gegebenen Umständen das Gesuch eines Nachlassgerichts um Auskunft über Nachlasswerte in tragende Grundsätze der schweizerischen

Rechtsordnung eingreifen würde, weil eine Bank – bei welcher möglicherweise Nachlasswerte liegen – im Rahmen erbrechtlicher Sicherungsmaßnahmen zu Auskunft und Sperrung der Werte verpflichtet werden soll, trifft nicht zu: Die Auskunftsrechte auch eines *einzelnen* Erben (BGE 82 II 555, 566 E. 7; Druey, Grundriss des Erbrechts, 4.A., Bern 1997, § 13 Rz 14) und dessen erbrechtliche Sicherungsansprüche sind auch im nationalen Recht selbstverständliche Anliegen (Druey, a.a.O., § 14 Rz 74 ff.), und nichts steht entgegen, auch ausländischen Erben Aufschluss über allfällige hiesige Bankbeziehungen des Erblassers zu verschaffen (ZGB-Karrer, Vorbem. zu Art. 551-559, N 16, 18). Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass das vorliegende Rechtshilfeersuchen einen schweren, qualifizierten Eingriff in den nationalen *ordre public* darstelle (vgl. zu den erheblichen diesbez. Anforderungen Volken, a.a.O., 3. Kap. Rz 85).

4. a) Was die Frage betrifft, in welcher Form, in welchem Umfange und unter welchen Säumnisfolgen die Rekurrentin Auskunft zu erteilen habe, bzw. ob sie allenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen könne, ist – entsprechend den Ausführungen oben in Erw. 2.b – auf den Rekurs im heutigen Zeitpunkt nur teilweise einzutreten, während das Verfahren hinsichtlich der Einwendungen der Rekurrentin bezüglich gewisser Fragen im Rechtshilfeersuchen zur Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

b) Bezüglich der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten Sanktion (Disp.-Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung) bei allfälliger Verweigerung der schriftlichen Auskünfte (so Disp.-Ziff. 1) ist folgendes zu erwägen:

Die von der Rekurrentin verlangten Auskünfte fallen an sich unter § 168 ZPO; da keine Pflicht zur Auskunfterteilung besteht (Frank/Sträuli/Messmer, N 3 zu § 168 ZPO), wird üblicherweise lediglich angedroht, dass bei unterbliebener Auskunfterteilung mit einer Vorladung als Zeuge zu rechnen sei. In Disp.-Ziff. 2 und 3 geht die Vorinstanz sodann aber offenkundig davon aus, dass die „schriftlich“ zu erteilende „Auskunft“ gemäß Disp.-Ziff. 1 durch „Urkunden“ zu erfolgen habe; die Meinung dieses dem Wortlaut nach nicht gänzlich klar gefassten Dispositivs geht offensichtlich dahin, dass die Rekurrentin verpflichtet werden soll, auf die im Rechtshilfebegehren gestellten Fragen durch Vorlage geeigneter banküblicher Dokumente (bzw. Kopien hiervon), welche darauf Auskunft geben, zu beantworten. Insofern erweist sich denn auch die in der angefochtenen Verfügung für den Weigerungsfall in Aussicht gestellte Sanktion als zulässig (vgl. § 184 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 163 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, N 7 zu § 184 ZPO).

Wie es sich damit im einzelnen verhält, kann aber im heutigen Zeitpunkt einstweilen offen bleiben: Die Vorinstanz hat der Rekurrentin zugestanden (Disp.-Ziff. 3), ihr gegenüber Weigerungsgründe namhaft zu machen, welche zwar in der vorliegenden Rekurschrift enthalten, indes erst zu überprüfen sind, wenn die Vorinstanz darüber befunden hat. Die Vorinstanz ihrerseits wird zunächst diese Weigerungsgründe zu prüfen haben (vgl. § 143 ZPO) und ist danach frei, im Falle (möglicherweise teilweise) berechtigter Weigerung zunächst eine angepasste Auskunfts- und Editionsspflicht anzuordnen. Vor Prüfung der Einwendungen der Rekurrentin kann keine Sanktion getroffen werden und ist die Rekurrentin damit durch die unklare Formulierung des angefochtenen Dispositivs auch nicht beschwert.

c) Was insbesondere die in Disp.-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung angeordnete Kontosperrung betrifft, fällt zwar einerseits in Betracht, dass dafür auf der Ebene der Rechtshilfe keine Grundlage besteht und insofern die Anordnung in teilweiser Gutheißung des Rekurseventualantrags aufzuheben ist.

Immerhin ist aber bereits heute anzumerken, dass sich – sollten sich bei der Rekurrentin Nachlasswerte befinden – ein Vorgehen in Anlehnung an die Grundsätze bei Inventarerrichtung und Siegelung in einem schweizerischen Nachlass aufdrängt. Danach erfolgt die „Siegelung“ von Bankkonten (bei hier gegebener internationalprivatrechtlicher Zuständigkeit: Art. 89 IPRG) in der Weise, dass die zuständige Behörde eine Kontosperrung verfügt, welche als im Begriff der „Siegelung“ mitgehalten zu gelten hat (Druey, a.a.O., § 14 Rz 82, als „Ersatzmaßnahme“ qualifiziert bei ZGB-Karrer, Art. 552 N 4 bzw. Art. 551 N 3). Konkrete Anordnungen (im Sinne von der Rekursinstanz angeordneter vorsorglicher Maßnahmen) erübrigen sich indes im vorliegenden Fall: Die Rekurrentin hat nämlich jedenfalls seit Kenntnis des ersten Rechtshilfebegehrens im erwähnten ersten Verfahren Kenntnis vom Hinschied ihres allfälligen Kunden, weshalb sie *im Wissen um den Hinschied ihres Kunden* die Verfügungen bloß einzelner Erben, welche sich nicht bspw. durch ein Testamentsvollstreckenerzeugnis über ihre (alleinige) Handlungsbefugnis für den Nachlass auszuweisen vermögen, bei Gefahr eigener Verantwortlichkeit verhindern wird (vgl. Aubert/Haisly/Terracina, *Responsabilité des banques suisses à l'égard des héritiers*, SJZ 1996 137 ff., 142 f.). Solche Sicherungsvorkehrungen erübrigen sich auch nicht etwa deshalb, weil seit dem Hinschied des Erblassers bereits etliche Zeit verstrichen ist; hingegen besteht ein gewisser sachlicher Konnex zwischen Siegelung bzw. entsprechenden Ersatzmaßnahmen und der Inventaraufnahme, im Anschluss an welche sich die Blockierung (jedenfalls in Anwendung erbrechtlicher Bestimmungen) in der Regel erübrigen dürfte (ZGB-Karrer, Art. 552 N 7, 9)“.

cc) Bemerkungen

a) Ob die **Debatte um nachrichtenlose Vermögen** nicht Anlass geben müsste, Auskunftersuchen von Erben kooperativer denn durch Rekurse mit dem Ziel der Verweigerung von Rechtshilfe zu begegnen? (vgl. auch den – nicht konnexen – anschließenden ZR 101 (2002) Nr. 26, hinten, 2. i)

b) Zum konkreten Fall ist anzumerken, dass der Kläger im türkischen Erbrechtsstreit bereits ein direktes Auskunftsbegehren gegen die Bank erhoben hatte, welches nach wie vor pendent ist. Das Problem liegt darin, dass der schwer kranke Erblasser sich rund einen Monat vor seinem Tod noch zur Bank begeben und den Auftrag erteilt hatte, seine Konti zu saldieren, was kurz nach seinem Tod effektiv ausgeführt wurde; die Bank stellt sich auf dem Standpunkt, ohne Verletzung des Bankgeheimnisses nichts über die Identität der Inhaber der Nummern-

konti verlauten lassen zu können, auf welche die – allerdings **stark mortis causa indizierte – Überweisung** zu erfolgen hatte zur alsdann gebotenen Interessenabwägung, welche namentlich die mögliche Bösgläubigkeit eines zwischengeschalteten treuhänderischen Berechtigten zu bedenken hätte siehe allerdings *Maurice Aubert/Bernard Haissly/Jeanne Terracina, Responsabilité des banques suisses à l'égard des héritiers*, SJZ 92 (1996) 141.

i) *Art. 400 OR, Art. 47 BankG: Erbausschlussklausel; Art. 560 ZGB: Universalsukzession auch im türkischen Recht (OGer. ZH vom 28.2.2001, ZR 101 [2002] Nr. 26)*

Akteneinsichts-/ Editionsbegehren von Ehegattin und Töchtern des Erblassers gegenüber depotführender Bank bezüglich eines vom Erblasser mit seinem Bruder (Nebenintervenient) geführten Solidarkontos/-depots: Vertragsrechtliche Auskunftspflicht der beklagten Bank (Erw. 3); Ungültigkeit der Erbausschlussklausel (Erw. 4); Stellung der Erbinnen nach türkischem Recht (Erw. 5).

aa) Sachverhalt

Die Bank hatte anfang der 80er Jahre mit dem Erblasser und seinem Bruder auf einem Formular der Bank, „Agreement for a joint and several account“, ein Depot und mehrere Konti unter einer Stammmnummer und unter Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank geschlossen; nach diesen AGB sollte jeder der beiden Kontoinhaber gegenüber der Bank allein verfungsberechtigt sein; indes „in the event of death of one of the account-holders the survivor(s) and any attorney shall be alone entitled as far as the Bank is concerned [Hervorhebung nicht im Original] to dispose of the securities and monies in the aforementioned manner. At the request of one who has been properly, i.e. legally, identified as statutory heir of the deceased joint account-holder, the bank is entitled to reveal the contents of the deposit or account as it stood on the day of death and to communicate the name(s) of the surviving joint-holder(s) and any agent(s) to whom powers of attorney have been granted. This agreement shall govern the relation between the account-holders and the bank irrespective of those existing between the account-holders themselves or their successors, and irrespective, in particular, of the ownership of the assets.“ Es folgte noch ein Verweis auf die Gerichtsstandsklausel gemäß AGB.

Die Klägerinnen vermuteten dreistellige Millionenwerte unter der fraglichen Stammmnummer; die Bank ließ den Erbinnen indes nur Kontoauszüge per Todestag des Erblassers und der letzten zweieinhalb Jahre vor dessen Tod (ohne detaillierte Bewegungen) zukommen und verwies die Erbinnen/Klägerinnen im Übrigen an den überlebenden Bruder. Dies hauptsächlich mit der Begründung, es fehle den Klägerinnen am Rechtsschutzinteresse, da wirtschaftlich während der ganzen Dauer der Kontobeziehung der Bruder/Nebeninterve-

nient des Erblassers wirtschaftlich berechtigt gewesen sei. Darüber hatte die Vorinstanz kein Beweisverfahren geführt und die Kammer deshalb das Verfahren zu entsprechendem Vorgehen (noch nicht rechtskräftig) zurückgewiesen. Der Nebenintervenient stellte sich vorab auf den Standpunkt, es sei die Frage, wen für die wirtschaftliche Berechtigung die Beweislast treffe, nach türkischem Recht zu beurteilen. Dies wurde verworfen, da die Beweislastverteilung sich zwar nach den Regeln der *lex causae* richtet (BGE 115 II 303, BK-Kummer, N 378 zu Art. 8 ZGB), was im konkreten Fall aber nur bedeutete, dass die Beweislastverteilung dem Recht des Kontoverhältnisses unterstand (geht es doch um die Frage, was für Vermögenswerte die Bank auf Grund des Kontoverhältnisses entgegenkommen hatte). Nach schweizerischem Recht ist der durch die Kontoeröffnungsdokumente erzeugte Rechtsschein von jenem zu widerlegen, welcher dessen Unrichtigkeit behauptet bzw. daraus Rechte (auf Verweigerung von Rechenschaft, was ansonst kaum ernsthaft bestritten werden könnte) ableitet (dass Art. 6 des TR-ZGB unserem vertrauten Art. 8 ZGB entspricht, sei nur am Rande vermerkt).

Hier interessiert die Frage der vertragsrechtlichen Auskunftspflicht der Bank (Erw. 3), jene der Ungültigkeit der Erbausschlussklausel (Erw. 4) und der Stellung der Klägerinnen als Erbinnen (nach türkischem Recht) (Erw. 5):

bb) Erwägungen

„3. Die vertragsrechtliche Auskunftspflicht der Beklagten

3.1. Zu prüfen ist die Frage, ob und inwieweit die Beklagte den Klägerinnen zur Auskunft verpflichtet ist. Der Vertrag zwischen Bank und Bankkunde ist in aller Regel ein gemischter Vertrag mit starken auftragsrechtlichen Elementen. Das trifft jedenfalls für die vom „*agreement*“ erfassten Wertschriftendepots und Bankkonti zu, wo Geschäftsführungsaufgaben der Bank durchaus im Vordergrund stehen (vgl. BGE 94 II 166 E.1; Fellmann, in: Berner Kommentar, N. 429 f. zu Art. 398 OR). Ob und inwieweit die Bank dem Auftraggeber auskunftspflichtig ist, entscheidet sich, wie bereits erwähnt, nach schweizerischem Recht, weil das Verhältnis zwischen der Bank einerseits und dem Erblasser und dem Nebenintervenienten andererseits vom schweizerischen Recht erfasst wird. Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte „jederzeit“ verpflichtet, über seine Geschäftsführung umfassend Rechenschaft abzulegen. Das erklärt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass der Beauftragte eben fremde Interessen wahrzunehmen hat. Die Rechenschaftslegung soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, den Beauftragten zu kontrollieren und auch seine Ablieferungsforderung zu formulieren (Fellmann, in Berner Kommentar, N. 13-15 zu Art. 400 OR). Mittels der Rechenschaftslegung soll verhindert werden, dass der Beauftragte sich zu Lasten des Auftraggebers bereichert. Begrenzt wird die Rechenschaftspflicht in erster Linie durch die Verjährung; die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Beendigung des Auftragsverhältnisses (Fellmann, N. 99 und 168 f. zu Art. 400 OR). Die Rechenschaftspflicht ist nicht etwa höchstpersönlicher Art, wie in der Literatur schon angenommen worden ist (vgl. de Capitani, Die Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben, in: SJZ 62/1966 S. 71 f.), sondern vielmehr sowohl aktiv als auch passiv vererblich (Fellmann, N. 211 und 212 zu Art. 400 OR). Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten gemäß Art. 400 OR

kann nach *einhelliger schweizerischer Lehrmeinung nicht wegbedungen werden* (Gautschi, in: Berner Kommentar, N. 38 zu Art. 400 OR; Fellmann, in: Berner Kommentar, N. 58 zu Art. 400 OR). Davon ist im vorliegenden Verfahren auszugehen.

Beklagte und Nebenintervenient meinen, dem Auskunftsbegehren der Klägerinnen stehe das Bankgeheimnis gemäß Art. 47 BankG entgegen (act. 25 S. 12). Schon längst wurde indessen erkannt, dass sich die Bank den Erben eines Kunden gegenüber nicht auf das Bankgeheimnis berufen kann, sind diese doch als Rechtsnachfolger des Erblassers Geheimnisherrn geworden (BGE 89 II 93 E.6, ZR 64/1965 Nr. 136 E.4). Auch Gautschi sieht das so: So meint er, wenn sich die Bank in dieser Situation auf das Bankgeheimnis berufen könnte, dann „würde die Schweigepflicht zum Schweigerecht, das dem Abrechnungs- und Ablieferungsanspruch als präklusive Einrede entgegengehalten werden könnte“. Ein solches Schweigerecht, das einem Verwalter von Erbschaftsvermögen gestatten würde, seine elementaren Pflichten gegenüber den Erben nicht zu erfüllen, gebe es nicht (Gautschi, Die Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben, in: SJZ 62/1966 S. 121). Dem ist ohne Vorbehalt zuzustimmen.

3.2. Den Erben stehen mithin die gleichen Auskunftsrechte zu, wie sie dem Erblasser im Zeitpunkt seines Todes zustanden. Diese sind umfassend. Beschränkt werden könnten sie nur, wenn die Rechenschaftslegung für den Beauftragten auf Grund aller Umstände unzumutbar wäre oder das Auskunftsbegehren sich als rechtsmissbräuchlich erwiese (vgl. Fellmann, N. 78 ff. zu Art. 400 OR). Unzumutbar ist die Rechenschaftslegung für die Bank jedenfalls solange nicht, als sie sich auf Informationen stützen kann, zu denen sie noch immer Zugang hat und die sie dem Bankkunden bzw. seinem Rechtsvorgänger schon in einer früheren Phase der Geschäftsbeziehungen hätte zugänglich machen müssen, wenn er dies verlangt hätte. Frühere Rechenschaftslegungen schließen eine erneute Vorlage von Abrechnungen nicht aus, soweit der Bankkunde eine solche nicht rechtsmissbräuchlich verlangt und die Bank über die notwendigen Informationen nach wie vor verfügt. Im Übrigen sei an dieser Stelle an die Erwägungen aus dem Entscheid der Kammer vom 10. Dezember 1964 erinnert, an denen sie auch heute noch uneingeschränkt festhält (ZR 64/1965 Nr. 136 E.3):

„Die Auskunftspflicht des Beauftragten umfasst jedoch nicht nur die Pflicht zur Rechnungsablegung. Der Beauftragte ist dem Auftraggeber gegenüber allgemein zur sorgfältigen Erfüllung des Auftrages verpflichtet. Das heißt, dass er ihm diejenigen Dienste zu leisten hat, die auf Grund des besonderen Auftragsverhältnisses nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr von ihm erwartet werden werden. In diesem Sinne kann der Auftraggeber sämtliche Auskünfte verlangen, die ihn betreffen (...). Insbesondere hat er seiner Bank auch das Vertrauen geschenkt, dass sie den Bankverkehr mit ihm in ihren Büchern pflichtgemäß vermerke und dass sie diese gemäß Art. 962 OR während zehn Jahren aufbewahren werde.

Verfügt die Bank aber danach über die Möglichkeit, ihrem Kunden auch über weiter als ein Jahr zurückliegende Tatsachen aus dem mit ihm geführten Geschäftsverkehr auf Verlangen durch Bericht Auskunft zu geben, so ist sie auch gehalten, dies zu tun, freilich nur, sofern es ihr nicht aus einem bestimmten Grunde unzumutbar sein sollte. Auf einen dabei nötigen unverhältniss-

mäßig großen Arbeitseinsatz kann sie sich nicht berufen, weil ein solcher nur zur Überbindung der Kosten des verlangten Berichtes auf den Kunden führen könnte. Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, dass die Bank verpflichtet ist, dem Gesuch eines Kunden zu entsprechen, der – aus welchem Grunde auch immer – nachträglich ein Doppel einer ihm erstatteten und von ihm genehmigten Abrechnung oder die Wiederholung einer schon einmal gegebenen Auskunft zu erhalten wünscht. Ein rechtliches Interesse der Bank, dem Kunden dies zu verweigern, kann in der Regel nicht vorliegen. Andererseits liegt es in ihrem Geschäftsinteresse, das Vertrauen des Kunden auch dadurch zu erwerben, dass sie ihm solche ihr mögliche Auskünfte erteilt.

Schließt der Bankauftrag aber das Recht ein, solche Auskünfte zu erhalten, so gehört es auch zu den Rechten, welche die Erben mit dem Nachlass erwerben. Grundsätzlich muss ihnen dieses Recht ... in gleicher Weise wie es dem Erblasser zustand, das heißt soweit die Bank Tatsachen kennt, die ihren Kunden betreffen, gewährt werden. Unter diesen Gesichtspunkten ist auch eine Beschränkung der Auskunftspflicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers (...) oder so weit zurück, als der Erblasser sein Rechtsverhältnis nicht vorbehaltlos anerkannt hat, ... nicht gerechtfertigt. Handelt es sich hierbei doch ... nicht um die Frage der Verantwortlichkeit der Bank, sondern um das davon unabhängige Recht des Kunden und seines Rechtsnachfolgers auf Auskunftserteilung über die im Auftrage des Kunden ausgeführten Geschäfte“.

3.3. Die Beklagte macht geltend, wenn sie im Sinne des gemäß Replikschrift ergänzten Rechtsbegehrens verpflichtet werde, die Namen von Auftraggebern und Begünstigten darzulegen, dann werde von ihr verlangt, das Bankgeheimnis zu Lasten von Dritten zu verletzen. Die Beklagte ist indessen nicht gehalten, in Erfüllung der Rechenschaftspflicht den Klägerinnen andere oder weitere Informationen zuzuleiten als solche, die sie auch dem Erblasser zu seinen Lebzeiten hätte zuleiten müssen. Üblicherweise ist es in einem Kontoverhältnis durchaus so, dass bei Gutschriften aus den Abrechnungen ersichtlich ist, wer der Urheber dieser Gutschriften ist. Nur dann, wenn sich seinerzeit der Urheber einer Gutschrift hinter einer Konto-Nummer oder hinter einer andern anonymen Bezeichnung in einer Weise verbarg, dass auch dem Erblasser keine Auskunft hätte erteilt werden können, darf die Beklagte auf die Bekanntgabe von weiteren Angaben über bisher unbekannte Dritte verzichten. Analoges muss gelten für Belastungen der Konti des Erblassers und seines Bruders. Auf jeden Fall bekanntgegeben werden muss dem Auftraggeber oder seinen Rechtsnachfolgern der Urheber der Belastungen. In der Regel ergibt sich aus dem der Bank erteilten Zahlungsauftrag denn auch mit genügender Klarheit, wer mit der Zahlung begünstigt werden soll. Solche Angaben hätte die Beklagte offen zu legen.

3.4. Gelingt der Beklagten der Nachweis nicht, dass auf den fraglichen Konti nie Vermögenswerte des Erblassers lagen, dann darf sie bei der Auskunftserteilung auf die Interessen des Nebenintervenienten keine Rücksicht nehmen. Wer mit einem andern ein gemeinsames Konto führt, wie das der Nebenintervenient mit dem Erblasser getan hat, muss in Kauf nehmen, dass sich die gegenseitigen Interessen vermengen. Er hat daher von vornherein damit zu rechnen, dass im Verhältnis zum Partner sämtliche Vorgänge ohne jeden Vorbehalt offen gelegt werden. Dabei kann keine Rolle spielen, ob der Partner selbst, mit dem zusam-

men seinerzeit ein gemeinsames Kontoverhältnis eingegangen wurde, die Offenlegung verlangt oder aber ob dies seine Rechtsnachfolger tun.

4. Die Ungültigkeit der Erbausschlussklausel:

4.1. Die Beklagte weist auf den Wortlaut des „agreements“ hin, das die Grundlage für die vertraglichen Beziehungen zwischen ihrem Rechtsvorgänger einerseits und dem Erblasser sowie dem Nebenintervenienten andererseits bildete. Sie meint, die seinerzeit getroffene Vereinbarung schließe ein Auskunftsrecht der Klägerinnen in dem von ihnen verlangten Umfange von vornherein aus. Demgegenüber legen die Klägerinnen im obergerichtlichen Verfahren die getroffenen vertragliche Vereinbarung so aus, dass sie der gesetzlichen Auskunftspflicht nicht entgegenstehe. Der vom Rechtsvorgänger der Beklagten verwendete Formularvertrag in deutscher Sprache liegt bei den Akten.

Gemäß Ziff. 2 des „agreement“ ist die Bank ermächtigt („entitled“) auf die Anfrage eines sich ausweisenden rechtmäßigen Erben hin die Kontostände und den Bestand der Wertschriftendepots per Todestag bekanntzugeben. Aus dieser Formulierung folgt zwingend, dass die Bank eben zu weitergehenden Auskünften nicht befugt sein soll. Wenn die Klägerinnen geltend machen, dass das „agreement“ von der Zeit ab Kontoeröffnung bis zum Todestag gar nicht spreche, dann ist ihnen entgegenzuhalten, dass der erwähnte Passus des „agreement“ seinen Sinn verlöre, wenn er nicht so zu verstehen wäre, dass sich die Auskunftspflicht der Bank auf das beschränkt, was dort umschrieben wird. Er steht in Verbindung zum ersten Satz von Ziff. 2 des „agreement“, aus dem sich ergibt, dass im Falle des Todes des einen „account-holder“ („Mitinhaber“) im Verhältnis zur Bank der andere Kontoinhaber über sämtliche Vermögenswerte verfügen könne. Das kann aber nur heißen, dass die umfassende Rechenschafts- und Ablieferungspflicht der Bank nur noch gegenüber dem überlebenden Kontoinhaber bestehen soll. Mit dem Tode des erstversterbenden Kontoinhabers gehen mithin sämtliche Rechte aus dem „agreement“ auf den überlebenden Kontoinhaber über, während den Rechtsnachfolgern des erstversterbenden Kontoinhabers lediglich der beschränkte Auskunftsanspruch über den Stand der Vermögensverhältnisse am Todestag bleiben soll. Von weiteren Rechten sind sie mithin ausgeschlossen. Eine solche Klausel in einem Vertrag mit einer Bank wird denn auch nicht ohne Grund *Erbausschlussklausel* genannt.

4.2. Die Frage, ob eine Erbausschlussklausel zulässig ist oder nicht, ist in der Literatur umstritten (vgl. Übersicht bei Weber, in: Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 406 OR). Derjenige Teil der Literatur, der sie für zulässig hält stützt sich namentlich auf BGE 94 II 172 E. 4 (vgl. Fellmann, in: Berner Kommentar, N. 81f. zu Art. 405 OR). In einem *obiter dictum* kam das Bundesgericht im Jahre 1968 nämlich in diesem Zusammenhang zum Schluss, die Vertragsfreiheit erlaube es den Parteien, „die Vererblichkeit der Rechte aus dem Auftragsverhältnis durch entsprechende Abrede zum voraus auszuschließen und damit einer Rechtsgefährdung vorzubeugen“. Ob die Vertragsfreiheit der richtige Ansatzpunkt ist, die Erbausschlussklausel zu rechtfertigen, ist indessen höchst fraglich, wird doch gegen die Zulässigkeit der Klausel zu Recht ins Feld geführt, sie ermögliche die Umgehung der für Errichtung und Eröffnung letztwilliger Ver-

fügungen geltenden gesetzlichen Formvorschriften (so: Wolf, Die Berechtigung am compte-joint nach dem Tode eines Kontoinhabers, SJZ 67/1971 S. 356). Erbrechtliche Vorschriften zeichnen sich aber gerade dadurch aus, dass sie die Vertragsfreiheit einzuschränken vermögen. Zumindest dann, wenn Ziel und Zweck der Erbausschlussklausel darin liegen, dem überlebenden Kontoinhaber im Hinblick auf den Tod des erstversterbenden Kontoinhabers unentgeltliche Zuwendungen zukommen zu lassen, muss verlangt werden, dass die Formvorschriften des Erbrechts beachtet werden (so ausdrücklich Fellmann, in: Berner Kommentar, N. 82 zur Art. 405 OR).

Im vorliegenden Fall interessiert indessen lediglich ein Teilaspekt der Erbausschlussklausel, nämlich nicht jener, der es dem überlebenden Kontoinhaber erlaubt, über die Vermögenswerte zu verfügen, sondern jener, der die *Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Erben in weitestem Umfange reduziert*. Auch wenn die Klausel an und für sich nur für das Verhältnis zwischen Kontoinhabern und der Bank gedacht ist, hat sie doch offensichtliche Reflexwirkungen auf die Auseinandersetzungen der Erben, die von keinem Beteiligten, insbesondere auch nicht von der Bank, übersehen werden können und übersehen werden dürfen: Die Klausel verhindert nämlich, dass den Erben des erstversterbenden Kontoinhabers nähere Aufschlüsse über die getätigten Bankgeschäfte zukommen können, soweit sie das gemeinsame Konto betreffen. Statt dessen verweist die Klausel die Erben auf den überlebenden Kontoinhaber und damit in der Regel ausgerechnet auf den wahrscheinlichen Kontrahenten in einer denkbaren künftigen erbrechtlichen Auseinandersetzung. So verhält es sich denn auch hier.

Bei dieser Ausgangslage erweist sich die Erbausschlussklausel als Mittel, die erbrechtlichen Ansprüche der Erben des erstversterbenden Kontoinhabers zu unterlaufen. Denn wenn die Erben von der Bank nicht mit den notwendigen Informationen versehen werden, erweisen sich ihre erbrechtlichen Ansprüche von vornherein als obsolet: Der überlebende Kontoinhaber wird die Vermögenswerte abziehen und im übrigen sämtliche Ansprüche bestreiten und selbstredend jede weitere Auskunft verweigern. Gerade wegen der Unterbindung der von der Bank geschuldeten Information an die Erben ist die Erbausschlussklausel (nomen est omen!) dazu angelegt, die erbrechtlichen Vorschriften zu umgehen. Bei der vorliegenden Konstellation ist es denn auch ohne weiteres denkbar, dass Vermögenswerte, die in den Nachlass gehören, vom Nebenintervenienten behändigt worden sind, ohne dass die Klägerinnen das wissen, geschweige denn auch nachzuweisen vermögen. Weder die Beklagte noch der Nebenintervenient machen geltend, dass letzterer vom Erblasser Zuwendungen von Todes wegen erhalten habe. Angesichts der bloß externen Wirkung der Erbausschlussklausel kann diese Bestimmung dem Nebenintervenienten insbesondere keine rechtliche Handhabe dafür geboten haben, gegebenenfalls Vermögenswerte seines Bruders rechtmäßig an sich zu ziehen. Dennoch könnten solche Abdispositionen gerade wegen der vermeintlich fehlenden Informationsmöglichkeiten der Klägerinnen tatsächlich geschehen sein. Die Erbausschlussklausel erweist sich daher als ausgezeichnetes Vehikel um die erbrechtlichen Vorschriften zu umgehen oder sie doch leer laufen zu lassen: Ein Erblasser, der seinen Erben den Zugriff auf Vermögenswerte in einer Art entziehen will, die sich mit den erbrechtlichen Vorschriften nicht verträgt, kann mit einer Erbausschlussklausel über ein gemeinsames Konto mit einem

Dritten dafür sorgen, dass die Vermögenswerte abdisponiert werden können, ohne dass sich später ihre Spur ausmachen liesse. Insoweit die Erbausschlussklausel das Informationsrecht der Erben unterbindet oder auf ein Minimum reduziert, dient sie der Umgehung erbrechtlichen Vorschriften, sie ist mithin widerrechtlich und damit gemäß Art. 20 Abs. 1 OR nichtig („in fraudem legis agere“; vgl. Otfinger, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Nr. 22 mit Hinweis auf BGE 87 II 203 ff.).

Das vom Bundesgericht in BGE 94 II 172 formulierte *obiter dictum* hat denn auch durchaus berechtigte Kritik erfahren. So argumentiert Hausheer (in: St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 26, Bern 1991, S. 97 f.), die vom Bundesgericht „auf Grund der Vertragsfreiheit abgesegnete“ Erbausschlussklausel könne dazu führen, dass die Verfügungsmacht über Vermögenswerte dort verbleibe, wo die materiellrechtliche Berechtigung eben fehle; es sei daher das Bundesgericht an die zwingenden Vorschriften des Erbrechts zu erinnern. In ihren Wirkungen komme die Erbausschlussklausel nämlich in aller Regel einer Verfügung von Todes wegen gleich (in diesem Sinne auch: ZGB-Breitschmid, N. 45 der Vorbemerkungen zu Art. 467-536). Aber selbst ein gewichtiger Teil derjenigen Lehre, die die Erbausschlussklausel grundsätzlich als gültig betrachtet, hält zu Recht dafür, dass es unzulässig sei, die Erben über eine Erbausschlussklausel in ihren Rechten auf Auskunft zu beschneiden: MeierHayoz/Forstmoser heben in einem Aufsatz hervor, dass der Ausschluss der Erben nur die Zeit nach dem Tode des Erblassers erfassen könne, nicht dagegen das Auskunftsrecht für die Zeit vorher. Und insbesondere könne der Erblasser die durch das Pflichtteilsrecht gesetzten Schranken nicht einfach durch die Verwendung eines gemeinschaftlichen Kontos außer Kraft setzen. Weder eine Weisung an die Bank noch eine Absprache mit dem Mitdeponenten vermöge die den Erben zustehenden Auskunftsrechte auszuschließen (Meier-Hayoz/Forstmoser, Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken, in: „Deutschland-Schweiz“ Zeitschrift zur Förderung der Wirtschaftsbeziehungen, 1970. Spalte 543). Und auch Aubert/Beguïn/Bernasconi/Graziano/Schwob/Treuillaud (Le secret bancaire suisse, Berne 1995, S. 336), die ebenfalls an und für sich von der Zulässigkeit der Erbausschlussklausel ausgehen, kommen zum Schluss, dass die Bank den Erben Aufschluss über das gemeinsame Konto geben müsse, denn nur so könnten die Erben von einer ihnen zustehenden Forderung gegen den Mitinhaber des Kontos überhaupt Kenntnis erlangen. Eine Bank, die in einem derartigen Falle die Auskunft verweigere, werde den Erben gegenüber schadenersatzpflichtig. Sie könne sich der Auskunftspflicht nur dann entziehen, wenn sie Gewissheit habe, dass die Vermögenswerte, die auf dem gemeinsamen Konto gelegen hätten, nicht in die Erbschaft fallen (in diesem Sinne auch: Aubert/Haissly/Terracina, Responsabilité des banques suisses à l'égard des héritiers, in: SJZ 92/1996 S. 145). In gleichem Sinne äußert sich auch Frigerio (La convenzione di conto congiunto solidale e i diritti eredi del titolare defunto, in: Rep 1994, vol. 127, S. 182 f.), der dafür hält, dass jedem Erben ungeachtet einer Erbausschlussklausel ein umfassendes Auskunftsrecht zustehe. So zieht denn Breitschmid im Basler Kommentar (ZGB-Breitschmid, N. 45 der Vorbemerkungen zu Art. 467-536) die Bilanz, dass auch bei Vorliegen einer Erbausschlussklausel der *Informationsanspruch der Rechtsnachfolger des Erblassers „gänzlich unstreitig“ sei, „und zwar unabhängig davon, ob sie pflichtteils geschützt sind“*.

Zu folgen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch den Präzisierungen Schröders (Informationspflichten im Erbrecht, Basel, Genf, München, 2000, S. 102 f.), der darauf hinweist, dass die Erbenausschlussklausel durch den Tod des Erblassers (bestenfalls) nur die Ausführungsobligation erlöschen lassen könne, niemals aber die übrigen Rechte des verstorbenen Auftraggebers, insbesondere auch nicht jenes auf Rechenschaftslegung; diese übrigen Rechte gehen nämlich in jedem Fall auf die Erben über. Was das Recht auf Rechenschaftslegung anbelangt, ist diese Ordnung, wie bereits erwähnt, zwingenden Rechts (Art. 400 OR) und kann daher insbesondere auch nicht durch eine Erbenausschlussklausel in einem Formularvertrag einer Bank aufgehoben werden.

4.3. Das für den Erblasser anwendbare türkische Erbrecht, das sich ja bekanntlich an das schweizerische Erbrecht eng anlehnt, sieht Formvorschriften für letztwillige Verfügungen vor. Soweit die Erbenausschlussklausel die vertraglichen Informationsrechte der Erben beschränken will, hat sie durchaus den materiellen Gehalt einer letztwilligen Verfügung (ZGB-Breitschmid, N. 45 zu Vorbemerkungen zu Art. 467-536; Hausheer in: St. Galler Studien zum Privat, Handelsund Wirtschaftsrecht, Band 26, Bern 1991, S. 97). Offensichtlich ist, dass im vorliegenden Fall die maßgeblichen Formvorschriften des türkischen Rechts nicht eingehalten wurden, die mit denjenigen des schweizerischen Rechts übereinstimmen (vgl. Art. 478 ff. TZGB; vgl. dazu auch Schömmer/Fassold/Bauer, Internationales Erbrecht: Türkei, München und Berlin 1997, S. 54 ff.). Dessen musste sich auch der Rechtsvorgänger der Beklagten bewusst sein, sind doch letztwillige Verfügungen gemäß allen europäischen Rechten formbedürftig. Und gerade der Inhalt des türkischen Rechts wäre für den Rechtsvorgänger der Beklagten in seiner Eigenschaft als große Geschäftsbank verhältnismäßig leicht abzuklären gewesen.

Geht man davon aus, einer Erbenausschlussklausel komme materiell die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung zu, dann erhebt sich die Frage, ob die Klägerinnen die Erbenausschlussklausel nicht innerhalb Frist mit Klage hätten anfechten müssen (vgl. Art. 499 ff. TZGB entsprechend Art. 519 ff. ZGB). Die Frage ist indessen zu verneinen. Die Verfügung des Erblassers findet sich nämlich versteckt in einem Bankenvertrag, wo sie nicht als letztwillige Verfügung in Erscheinung trat und als solche erkennbar war. Der Vertrag bestimmt überdies ausdrücklich, er regle einzig das Verhältnis zwischen der Bank und den Bankkunden. Wenn die Erbenausschlussklausel bei genauer Betrachtung zwar als letztwillige Verfügung anzusprechen ist, dann war sie in dieser Tarnung für die Beteiligten nicht als solche zu erkennen; sie leidet mithin insoweit an einem derartigen qualifizierten Mangel, dass sie erbrechtlich als nichtig anzusehen ist.

5. Die Stellung der Klägerinnen als Erbinnen

5.1. Auch wenn die Bank nach dem Gesagten vertragsrechtlich auskunftspflichtig ist, können die vier Klägerinnen nur dann diese Auskünfte verlangen, wenn sie sich erbrechtlich zu legitimieren vermögen. Dass sie die einzigen Erbinnen des Erblassers sind, steht fest und ist unbestritten. Unter diesen Umständen kann ihr Recht auf Auskunft „aus zwei Quellen fließen“, wie das Meier-Hayoz/

Forstmoser formulieren (a. a. O., Spalte 536), nämlich entweder aus der Universalsukzession oder aus dem Pflichtteilsrecht. Das Pflichtteilsrecht der Klägerinnen, wie das von Vorinstanz und den Parteien diskutiert wurde, bildet im vorliegenden Fall von vornherein nicht die maßgebliche Grundlage für die Auskunftspflicht der Beklagten. Dieses wird nämlich erst dann aktuell, wenn der Erblasser zu Lasten von pflichtteilsgeschützten Erben eine Verfügung von Todes wegen erlassen hat oder von ihm anfechtbare Verfügungen unter Lebenden getroffen wurden (vgl. Art. 527 ZGB). Hinweise auf solche Verfügungen gibt es hier aber nicht; es wird nämlich von den Klägerinnen nicht geltend gemacht, der Erblasser habe durch solche Verfügungen den Nebenintervenienten zu ihren Lasten begünstigt. Die Beklagte und der Nebenintervenient stellen sich denn auch im Gegenteil in diesem Prozess auf den Standpunkt, dass von Anfang an lediglich Vermögenswerte des Nebenintervenienten auf die gemeinsamen Konti geflossen seien. Demgegenüber vermuten die Klägerinnen, dass zumindest die Hälfte der Vermögenswerte, die auf den gemeinsamen Konti lagen, dem Erblasser gehört hätten. Diese Vermutung wird jedenfalls durch das Formular A gestützt, das die Beklagte von beiden Kontoinhabern seinerzeit hat unterschreiben lassen, wo er zusammen mit seinem Bruder bescheinigte auf eigene und nicht auf fremde Rechnung zu handeln („is acting for his own account“). Die Klägerinnen machen mithin geltend, dass zumindest ein Teil der Vermögenswerte, die auf den fraglichen Konti gelegen haben, ihnen zustünden. Für einen solchen Anspruch brauchen sie sich grundsätzlich einzig auf ihre Stellung als Erbinnen, nicht aber auch auf das Pflichtteilsrecht zu berufen.

5.2. Wäre schweizerisches Erbrecht anwendbar, dann wären die Klägerinnen als Universalsukzessorinnen des Erblassers zu betrachten, auf die im Zeitpunkt seines Todes die vertraglichen Auskunftsrechte gegenüber der Bank übergingen. Für das schweizerische Recht ist das Prinzip der Universalsukzession in Art. 560 ZGB verankert. Was der Art. 560 ZGB für das schweizerische Recht festlegt, legt aber Art. 539 TZGB mit gleichen Worten auch für das türkische Recht fest (Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Türkei, S. 33): Der Erbe erwirbt nach türkischem Recht wie nach schweizerischem die Erbschaft als „Ganzes“ und wird damit *Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers* (Schömmer/Fassold/Bauer, Internationales Erbrecht: Türkei, München und Berlin 1997, S. 72). Mehrere Erben bilden sodann, genau wie nach schweizerischem Recht, gemäß Art. 581 TZGB eine Gesamthandsgemeinschaft (Schömmer/Fassold/Bauer, a. a. O., S. 76). Weitere Abklärungen hinsichtlich des Inhalts des türkischen Rechts im Sinne von Art. 16 Abs. IPRG erübrigen sich bei diesen Gegebenheiten. Damit steht fest, dass im türkischen Erbrecht das Prinzip der Universalsukzession gilt. Diese Annahme wird dem weiteren Verfahrensverlauf zugrunde zu legen sein. Bei dieser klaren Rechtslage kann den Beklagten nicht helfen, dass sie ohne nähere Begründung bestreiten, dass das Prinzip der Universalsukzession im türkischen Recht Geltung habe. Geradezu abwegig ist sodann die weitere Bestreitung des Nebenintervenienten, „dass mit der *Universalsukzession nach türkischem Recht überhaupt Auskunftsrechte gegenüber Dritten verbunden*“ seien (act. 67 S. 12); ganz abgesehen davon, stehen im vorliegenden Falle vertragliche und nicht erbrechtliche Auskunftsrechte im Vordergrund. Auch der weitere pauschale Hinweis des Nebenintervenienten, wonach gleichlautende Vorschriften des ZGB in der Türkei oft anders inter-

pretiert werden als in der Schweiz hilft ihm angesichts der erörterten klaren türkischen Rechtslage nichts.“

j) Art. 193 SchKG, Art. 92 IPRG. Konkursamtliche Nachlassliquidation (OGer. ZH, II. ZK, vom 21.8.98)

Sachverhalt (Erw. I.1, I.3) und Stellungnahmen der Verwaltungskommission des OGer. ZH und der Sektion IPR des Bundesamtes für Justiz (Erw. I.2). – Legitimation der Vormundschaftsbehörde zur Stellung des Begehrens um konkursamtliche Liquidation (Erw. II.1); sachliche Zuständigkeit des Konkursrichters (Erw. II.2). – Keine Anwendung des Konsularvertrags zwischen der Schweiz und Italien (Erw. III.1). Abgrenzung von Erb- und Eröffnungsstatut (Erw. III.2). Im Ergebnis bleibt die konkursamtliche Liquidation unabhängig vom anwendbaren Erbstatut in der Zuständigkeit des Eröffnungsstatuts (Erw. III.2.b/c), was Praktikabilitätserwägungen ebenso bestätigen (Erw. III.3) wie das eventualiter erwogene Vorgehen nach italienischem Erbstatut (Erw. III.4); Ergebnis: Die Liquidation des Nachlasses eines mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorbenen italienischen Staatsangehörigen fällt unter das schweizerische Eröffnungsstatut (Erw. III.5). Umfang der Erbenermittlung (Erw. III.6) und Kostenfragen bei konkursamtlicher Nachlassliquidation (Erw. III.7).

aa) Bemerkungen

Der umfangreiche unveröffentlichte Entscheid war bereits abgedruckt in der Unterlage zum Kurs des IVK vom 8. Oktober 1998 (Erbrechts-tagung 1998 in Luzern) und wird hier aus Platzgründen nicht erneut wiedergegeben. Entscheidend ist die These, dass die konkursamtliche Liquidation (gegenüber welcher Rechtsordnung auch immer) dem Eröffnungsstatut zuzuordnen und damit nach dem Recht am letzten Wohnsitz (wo regelmäßig die intensivste wirtschaftliche Verflechtung des Erblassers bestanden haben dürfte) abzuwickeln ist.

k) Art. 49, 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (OGer. ZH, II. ZK, vom 27.8.2001)

Arrest gegen eine Erbschaft; glaubhaft zu machen ist auch die Partei-/ Prozessfähigkeit der unverteilter Erbschaft

aa) Erwägungen

„2.2 Die Anwendbarkeit des SchKG beschränkt sich auf Personen, die einen Anspruch auf Geldzahlung oder auf eine Sicherheitsleistung geltend machen

können bzw. gegen die sich ein solcher Anspruch richten kann; es kommt diesbezüglich allein auf die Parteifähigkeit an (SchKG-Acocella, N 22 zu Art. 38). Die Parteifähigkeit des Nachlasses kann nur im Zusammenhang mit Art. 49 SchKG bejaht werden (Frank/Sträuli/Messmer, N 3 zu § 5 ZPO unter Hinweis auf BGE 102 II 387). Gemäß Art. 49 SchKG kann eine Erbschaft betrieben werden, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist. In dieser Ordnung kommt eine beschränkte Rechts- und damit Partei- und Prozessfähigkeit der unverteilter Erbschaft zum Ausdruck. Ein Arrest muss auch gegen den Nachlass zulässig sein, da es sich dabei um eine vorausgehende Sicherungsmaßnahme im Rahmen des Betreibungsverfahrens handelt (ZR 74 Nr. 42 unter Hinweis auf ZR 55 Nr. 145 und BGE 73 III 111; zur Passivlegitimation im Rechtsöffnungsverfahren Frank/Sträuli/Messmer, N 67b zu §§ 27/28 ZPO unter Hinweis auf BGE 113 III 79 und BGE 102 II 385). Da der Arrest ausschließlich der Sicherstellung des Vollstreckungssubstrates für durchsetzbare Geldschulden dient (Art. 38 Abs. 1 SchKG; SchKG-Stoffel, N 17 zu Art. 271) und ein Anspruch gegen eine Erbschaft nur unter den von Art. 49 SchKG statuierten Voraussetzungen durchsetzbar ist, hat der Kläger vorab die Parteifähigkeit der Beklagten glaubhaft zu machen.

bb) Bemerkungen

Die Glaubhaftigkeit wurde verneint mit der Begründung, da seit dem Tod des Erblassers mehr als ein Jahr verstrichen sei, sei unwahrscheinlich, dass die Erbschaft nicht bereits verteilt bzw. nicht eine amtliche Liquidation angeordnet worden sei. Wenn auch einzuräumen ist, dass der Beweis solcher *negativa* schwer halten dürfte, mochte andererseits beim Entscheid im Hintergrund mitschwingen, dass es der Kläger mit Blick auf das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels versäumt hatte, über Bestand oder Höhe seiner Forderung Ausführungen zu machen.

Anhang 1: Zuständige Behörden für Sicherungsmaßnahmen

Kanton	Aufbewahren von Testamenten	Einreichen von Testamenten zur Eröffnung	Bezug des Erbscheins
Aargau	Gerichtspräsident	Bezirksgericht	Bezirksgericht
Appenzell A. Rh.	Erbschaftsbehörde	Gemeindehauptmann / Gemeindevorsteher	Erbschaftsbehörde
Appenzell I. Rh.	Erbschaftsbehörde	Präsident der Erbschaftsbehörde	Erbschaftsbehörde
Basel-Landschaft	Bezirksschreiberei	Bezirksschreiberei	Bezirksschreiberei

Kanton	Aufbewahren von Testamenten	Einreichen von Testamenten zur Eröffnung	Bezug des Erbscheins
Basel-Stadt	Erbschaftsamt	Erbschaftsamt	Erbschaftsamt
Bern	Gemeinderat oder Notar	Gemeinderat	Gemeinderat (Testam.) oder Notar [gesetzl. Erbfolge]
Freiburg	Notaire/Notar	Juge de paix/ Friedensrichter	Juge de paix/ Friedensrichter
Genf	Juge de paix	Juge de paix	Juge de paix oder Notaire
Glarus	Waisenamt	Waisenamt	Waisenamt
Graubünden	Kreispräsident	Kreispräsident	Kreispräsident
Jura	Autorité communale/Notaire	Autorité communale	Autorité communale/Notaire
Luzern	Depositalthörde	Teilungsbehörde	Teilungsbehörde
Neuenburg	Président du tribunal de district	Président du tribunal de district	Président du tribunal de district / Notaire
Nidwalden	Amtsnotariat	Gemeinderat	Gemeinderat
Obwalden	Gemeindearchiv	Einwohnergemeinderat	Gemeindepräsident/Gemeindevorschreiber
Schaffhausen	Waisenbehörde	Waisenbehörde	Waisenbehörde
Schwyz	Waisenamt	Waisenamt	Waisenamt
Solothurn	Amtschreiberei	Amtsschreiber	Amtsschreiber
St. Gallen	Bezirksammann/ Gemeindeammann	Bezirksammann/ Gemeindeammann	Bezirksammann/ Gemeindeammann
Tessin	Notaio	Pretore	Pretore
Thurgau	Notar	Teilungsbehörde	Notar
Uri	Staats- und Gemeindearchiv	Gemeinderat	Zivilstandsbeamter
Waadt	Juge de paix	Juge de paix	Juge de paix
Wallis	Notaire/Notar	Juge de commune/ Gemeinderichter	Juge de commune/ Gemeinderichter
Zug	Einwohnerkanzlei/ Gerichtskanzlei	Erteilungskommission der Gemeinde	Erteilungskommission der Gemeinde
Zürich	Notar	Bezirksgericht	Bezirksgericht

Anhang 2: Zuständige Behörden für die Willensvollstreckung⁴⁸⁴

Kanton	Mitteilung an Willensvollstrecker	Ausweis des Willensvollstreckers	Aufsichtsbehörde des Willensvollstreckers
Aargau	Präsident des Bezirksgerichts	Präsident des Bezirksgerichts	Präsident des Bezirksgerichts
Appenzell A.Rh.	Gemeinderat/ Gemeindehauptmann/ Gemeindevorschreiber	Gemeinderat	Gemeinderat
Appenzell I.Rh.	Erbschaftsbehörde	Erbschaftsbehörde	Erbschaftsbehörde
Basel-Landschaft	Bezirksschreiberei	Bezirksschreiberei	Bezirksschreiberei
Basel-Stadt	Vorsteher des Erbschaftsamts	Erbschaftsamt	Aufsichtsbehörde über Erbschaftsamt
Bern	Einwohnergemeinderat	Einwohnergemeinderat	Regierungsstatthalter
Freiburg	Notar bzw. Bezirksgerichtsschreiber	Friedensrichter	Präsident des Bezirksgerichts
Genf	Juge de paix	Juge de paix	Juge de paix
Glarus	Waisenamt	Waisenamt	Zivilgerichtspräsident
Graubünden	Kreispräsident	Kreispräsident	Kreispräsident
Jura	Conseil communal	Conseil communal	Juge administratif
Luzern	Teilungsbehörde	Teilungsbehörde	Regierungsstatthalter
Neuenburg	Président du tribunal de district	Président du tribunal de district	Président du tribunal de district
Nidwalden	Kommunale Teilungsbehörde	Kommunale Teilungsbehörde	Gemeinderat
Obwalden	Einwohnergemeinderat	Gemeindevorschreiber/ Einwohnergemeindepräsident	Einwohnergemeinderat
Schaffhausen	Vormundschaftsbehörde	Vormundschaftsbehörde	Vormundschaftsbehörde
Schwyz	Vormundschaftsbehörde	Vormundschaftsbehörde	Einzelrichter/ Bezirksgerichtspräsident

484 Vgl. Künzle (Fn. 141), S. 151 Fn. 132, 155 Fn. 175, 394 Fn. 266.

Kanton	Mitteilung an Willensvollstrecker	Ausweis des Willensvollstreckers	Aufsichtsbehörde des Willensvollstreckers
Solothurn	Amtsschreiber	Amtsschreiber	Obergericht
St. Gallen	Bezirksammann/ Gemeindeammann	Bezirksammann/ Gemeindeammann	Bezirksammann
Tessin	Pretore	Pretore	Pretore
Thurgau	Notar	Notar	Teilungsbehörde
Uri	Gemeinderat	Gemeinderat	Gemeinderat
Waadt	Juge de paix	Juge de paix	Président du tribunal de district
Wallis	Juge de commune/ Gemeinderichter	Juge de commune/ Gemeinderichter	Juge de commune/ Gemeinderichter
Zug	Erteilungskommission der Gemeinde	Einwohnerkanzlei/ Gerichtskanzlei	Gemeinderat
Zürich	Einzelrichter am Bezirksgericht	Einzelrichter am Bezirksgericht	Einzelrichter am Bezirksgericht

Anhang 3: Art. 86-96 IPRG (SR 291)

6. Kapitel: Erbrecht

Art. 86

I. Zuständigkeit

1. Grundsatz

¹ Für das Nachlassverfahren und die erbrechtlichen Streitigkeiten sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig. ² Vorbehalten ist die Zuständigkeit des Staates, der für Grundstücke auf seinem Gebiet die ausschließliche Zuständigkeit vorsieht.

Art. 87

2. Heimatzuständigkeit

¹ War der Erblasser Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz im Ausland, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig, soweit sich die ausländische Behörde mit seinem Nachlass nicht befasst. ² Sie sind stets zuständig wenn ein Schweizer Bürger

mit letztem Wohnsitz im Ausland sein in der Schweiz gelegenes Vermögen oder seinen gesamten Nachlass durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag der schweizerischen Zuständigkeit oder dem schweizerischen Recht unterstellt hat. Artikel 86 Absatz 2 ist vorbehalten.

Art. 88

3. Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache

¹ War der Erblasser Ausländer mit letztem Wohnsitz im Ausland, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort der gelegenen Sache für den in der Schweiz gelegenen Nachlass zuständig, soweit sich die ausländischen Behörden damit nicht befassen. ² Befindet sich Vermögen an mehreren Orten, so sind die zuerst angerufenen schweizerischen Gerichte oder Behörden zuständig.

Art. 89

4. Sichernde Maßnahmen

Hinterlässt der Erblasser mit letztem Wohnsitz im Ausland Vermögen in der Schweiz, so ordnen die schweizerischen Behörden am Ort der gelegenen Sache die zum einstweiligen Schutz der Vermögenswerte notwendigen Maßnahmen an.

Art. 90

II. Anwendbares Recht

1. Letzter Wohnsitz in der Schweiz

¹ Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht. ² Ein Ausländer kann jedoch durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen. Diese Unterstellung fällt dahin, wenn er im Zeitpunkt des Todes diesem Staat nicht mehr angehört hat oder wenn er Schweizer Bürger geworden ist.

Art. 91

2. Letzter Wohnsitz im Ausland

¹ Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist. ² Soweit nach Artikel 87 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig sind, untersteht der Nachlass eines Schweizers mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, der Erblasser habe in der letztwilligen Verfügung oder im

Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten.

Art. 92

3. Umfang des Erbstatuts und Nachlassabwicklung

¹ Das auf den Nachlass anwendbare Recht bestimmt, was zum Nachlass gehört, wer in welchem Umfang daran berechtigt ist, wer die Schulden des Nachlasses trägt, welche Rechtsbehelfe und Maßnahmen zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können. ² Die Durchführung der einzelnen Maßnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Maßnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der Willensvollstreckung.

Art. 93

4. Form

¹ Für die Form der letztwilligen Verfügung gilt das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961¹² über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht. ² Dieses Übereinkommen gilt sinngemäß auch für die Form anderer Verfügungen von Todes wegen.

Art. 94

5. Verfügungsfähigkeit

Eine Person kann von Todes wegen verfügen, wenn sie im Zeitpunkt der Verfügung nach dem Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder nach dem Recht eines ihrer Heimatstaaten Verfügungsfähig ist.

Art. 95

6. Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen

¹ Der Erbvertrag untersteht dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses. ² Unterstellt ein Erblasser im Vertrag den ganzen Nachlass seinem Heimatrecht, so tritt dieses an die Stelle des Wohnsitzrechts. ³ Gegenseitige Verfügungen von Todes wegen müssen dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen. ⁴ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Form und die Verfügungsfähigkeit (Art. 93 und 94).

Art. 96

III. Ausländische Entscheidungen, Maßnahmen, Urkunden und Rechte

¹ Ausländische Entscheidungen, Maßnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen, sowie Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass werden in der Schweiz anerkannt:

- a. wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden, oder
- b. wenn sie Grundstücke betreffen und in dem Staat, in dem sie liegen, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie dort anerkannt werden. ² Beansprucht ein Staat für die in seinem Gebiet liegenden Grundstücke des Erblassers die ausschließliche Zuständigkeit, so werden nur dessen Entscheidungen, Maßnahmen und Urkunden anerkannt. ³ Sichernde Maßnahmen des Staates, in dem Vermögen des Erblassers liegt, werden in der Schweiz anerkannt.